



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Transfer pricing come abuso del diritto: tanto rumore per nulla? (nota a Comm. trib. prov. di Milano, sez. XVI, n. 1/2012)

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Transfer pricing come abuso del diritto: tanto rumore per nulla? (nota a Comm. trib. prov. di Milano, sez. XVI, n. 1/2012) / Philip Laroma Jezzi. - In: RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO. - ISSN 1121-4074. - STAMPA. - (2012), pp. 479-528.

Availability:

This version is available at: 2158/776592 since:

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

COMM. TRIB. PROV. di Milano, sez. XVI, 15 novembre 2011 - 4 gennaio 2012, n. 1; Pres. D'Andrea, Rel. Chiametti

Redditi di impresa - Redditi diversi - Cessione di marchio fuori dall'esercizio d'impresa - Reddito diverso ex art. 67, comma 1 lett. l) del Tuir - Sussiste

Abuso del diritto - Cessione a favore di società direttamente o indirettamente controllata per un corrispettivo inferiore al suo valore normale - Sussiste - Unico scopo di conseguire un indebito vantaggio fiscale - Sussiste - Valide ragioni economiche - Non sussistono - Inopponibilità del corrispettivo pattuito tra le parti - Sussiste - Irrilevanza della "esterovestizione" della società cessionaria e applicabilità del principio anche in una dimensione domestica - Sussiste

Integra la fattispecie di fonte giurisprudenziale dell'"abuso del diritto" la condotta del contribuente che, anche fuori dall'esercizio di un'attività d'impresa, ceda ad una società direttamente o indirettamente controllata un proprio marchio per un corrispettivo inferiore al suo valore normale. Indipendentemente dal fatto che la società cessionaria sia residente – perché tale o perché "esterovestita" – o non residente, il corrispettivo pattuito è inopponibile all'amministrazione finanziaria, la quale può calcolare il maggior reddito diverso del cedente mediante riferimento al parametro del valore normale previsto all'art. 9 del Tuir (1).*

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato tempestivamente, il ricorrente contestava integralmente l'avviso di accertamento in epigrafe, notificato il 3 giugno 2010.

L'atto impositivo *de quo* traeva origine dal Processo Verbale di Constatazione (P.V.C.) emesso dalla Guardia di finanza, Nucleo di Polizia Tributaria di Milano, in merito all'operazione straordinaria avvenuta nel marzo 2004.

Con la quale, in ottemperanza del progetto di ristrutturazione societaria del gruppo e di collocazione al suo interno dei marchi, il ricorrente ed il proprio socio stipulavano un contratto di cessione di tali beni immateriali (*i.e.* i marchi afferenti il Gruppo D.&G.), con la società acquirente G.S., stabilendo come corrispettivo il prezzo di euro 360.000.000.

La struttura del gruppo prima del 2004

La struttura del Gruppo ante-ristrutturazione era costituita al vertice dai due soci persone fisiche, tra cui il ricorrente, che possedevano il 50 per cento a testa della società D&G s.r.l., *Holding* del Gruppo, la quale possedeva il 90 per

(*) Segue nota firmata.

cento della D.&G. s.r.l., *sub-holding* e licenziataria dei marchi, la quale possedeva la D.&G. Industria s.p.A., licenziataria dei marchi e unità produttiva.

La struttura era la seguente:

Omissis

Struttura del gruppo dopo la ristrutturazione del 2004

Con la ristrutturazione del 2004, venivano costituite due società di diritto lussemburghese: la D.&G. Luxembourg s.a.r.l., che diveniva la nuova *sub-holding*, in luogo della D.&G. s.r.l. e la G. s.a.r.l., alla quale venivano ceduti i marchi.

La struttura era la seguente:

Omissis

A completamento della nuova struttura societaria, in data 29 marzo 2004, i soci S.G. (ricorrente) e D.D., cedevano alla società di diritto lussemburghese G.S. la titolarità dei marchi per un corrispettivo pattuito in euro 360.000.000,00., da regolarsi in 14 rate semestrali con scadenza 31 marzo e 30 settembre di ogni anno.

La G.S., a sua volta, concedeva in licenza in via esclusiva per 12 anni alla D.&G. s.r.l. l'utilizzo di tali marchi., a fronte del pagamento di *royalties*, in percentuale compresa tra il 3 per cento e l'8 per cento del fatturato, con un minimo garantito inizialmente pari ad euro 54.000.000,00., incrementato annualmente in misura non inferiore al 7 per cento.

Nello specifico, l'ufficio contestava:

- l'esterovestizione della società lussemburghese G.S.;
- il valore di cessione del marchio.

In riferimento alla esterovestizione, l'ufficio sosteneva che la G., localizzata, a suo dire, fittiziamente, in Lussemburgo, fosse stata costituita al solo scopo di trasferire la percezione delle *royalties* dall'Italia verso un paese estero a fiscalità privilegiata.

Con l'operazione di ristrutturazione, infatti, a parere dell'ufficio, era stata predisposta una struttura societaria alla quale era stata data formalmente una veste estera, attraverso la quale era stata svolta l'attività necessaria, con l'autorità fiscale lussemburghese, diretta ad ottenere un accordo (*ruling*) per il pagamento di un'imposta sul reddito pari al 4 per cento, con un vistoso vantaggio fiscale.

La vera motivazione del trasferimento *de quo*, a parere dell'ufficio accertatore, era dunque da ricercare esclusivamente in una motivazione di natura prettamente fiscale.

L'amministrazione finanziaria considerava, dunque, la G. alla stregua di una "cassaforte", costituita *ad hoc*, quale strumento per attuare una vera e propria pianificazione fiscale internazionale illecita, finalizzata all'indebito risparmio di imposta, nonché lo schermo attraverso il quale dissimulare i veri beneficiari della remunerazione derivante dalla sfruttamento commerciale dei marchi stessi.

Con tale operazione di esterovestizione la società acquirente avrebbe, pre-

cisamente, sottratto alla tassazione italiana i redditi derivanti dalle *royalties* per lo sfruttamento dei marchi, appartenenti sostanzialmente ad un gruppo imprenditoriale italiano ovvero ai due stilisti.

In relazione al valore di cessione dei marchi, con l'accertamento *de quo*, l'ufficio contestava l'importo, pari ad euro 360 milioni, considerato inadeguato in quanto inserito nel contesto del medesimo disegno abusivo.

Riteneva, in realtà, il valore "sproporzionalmente esiguo" e calcolato senza tener conto del valore normale, inteso come prezzo che ragionevolmente sarebbe stato praticato tra parti indipendenti.

A detta dell'ufficio, infatti, il venditore non avrebbe tenuto conto del flusso reale futuro dei ricavi attesi, correlati all'utilizzo dei marchi.

In riferimento, poi, all'intera operazione di riorganizzazione, nell'avviso di accertamento veniva dato rilievo anche al cd. abuso di diritto, principio generale non scritto, volto a contrastare le pratiche illegali nell'ambito dell'imposizione fiscale.

Il vantaggio tributario, considerato l'unico ed esclusivo vantaggio, di cui avrebbero goduto il ricorrente ed il socio, sarebbe infatti rappresentato da:

a) aumento al 6,5 per cento del flusso di *royalties* a carico della nuova licenziataria esclusiva del gruppo, D.&G. s.r.l.

b) allocazione del relativo flussi di redditi in un veicolo societario (lussemburghese, indirettamente controllato dalle medesime persone fisiche) che beneficia di un regime fiscale agevolato;

c) trasferimento al citato soggetto societario lussemburghese della titolarità dei marchi e del flusso di *royalties* in assenza di un adeguato ritorno economico per i cedenti a seguito di un prezzo di cessione considerato inadeguato;

d) limitazione dell'imposizione in capo ai soci persone fisiche alla sola quota di rispettiva competenza dichiarata, pari al 50 per cento del prezzo di cessione, senza che il maggior valore latente dei marchi risultasse mai assoggettato a tassazione;

e) mantenimento, in via diretta, della disponibilità dei marchi grazie al controllo della struttura societaria detentrici degli stessi;

f) non assoggettamento a tassazione del reddito derivante dalle *royalties* all'aliquota del 45 per cento (ovvero ultimo scaglione riguardante la progressività fiscale delle persone fisiche) pur rimanendo, di fatto, tale flusso, nella piena disponibilità degli stilisti, tramite il controllo indiretto esercitato su G.S.

In definitiva, l'ufficio contestava il valore dichiarato in riferimento alla cessione del marchio, considerato eccessivamente basso; procedeva, dunque, al ricalcolo, sulla base della sommatoria delle *royalties* annue attualizzate per il periodo 2005-2016, accertando un valore complessivo pari ad euro 1.193.712.000.

Sottraendo a tale valore, l'importo dichiarato, pari ad euro 360.000.000, l'ufficio perveniva ad un maggior reddito accertato pari ad euro 833.712.000., di cui il 50 per cento a carico del ricorrente.

Considerato quanto sopra, l'ufficio procedeva ad accertare in capo al ricor-

rente, a'sensi dell'art. 41 bis del DPR n. 600/1973, il reddito imponibile di euro 445.515.992.

Venivano così determinate, ai fini Irpef, una maggiore imposta di euro 187.585.200,00, ed ai fini dell'Addizionale Regionale all'Irpef, una maggiore imposta di euro 5.835.984,00, oltre sanzioni per euro 193.421.184,00.

Parte ricorrente, con ricorso depositato il 23 dicembre 2010, impugnava l'avviso di accertamento in oggetto, chiedendone l'integrale annullamento, a seguito di vizi procedimentali e vizi di merito.

Eccepiva, *in primis*, la nullità dell'atto impugnato, in quanto notificato tardivamente, a'sensi dell'art. 43 del DPR n. 600/1973; ciò era desumibile dal confronto tra anno di imposta accertato, 2004, e data della notifica, avvenuta il 3 giugno 2010.

Il ricorrente contestava, altresì, il presunto "abuso di diritto" citato dall'ufficio nell'avviso di accertamento che determinerebbe la nullità dello stesso atto, non essendo stato preceduto dalla richiesta di chiarimenti di cui all'art. 37 bis, comma 4, DPR n. 600/1973.

Nel merito, parte ricorrente contestava integralmente il maggior valore accertato dall'ufficio, frutto di una pretesa, a suo dire, radicalmente illegittima /priva di fondamento.

Spiegava che non era legittima la tassazione in capo al ricorrente del maggiore reddito/valore dei marchi, poiché la loro cessione veniva considerata, nell'economia complessiva della contestazione, simulata, dunque, "*tamquam non esset*"; il maggior valore accertato, di conseguenza, non poteva costituire reddito imponibile in capo al ricorrente.

Contestava, altresì, l'attribuzione del valore dei marchi effettuata nell'avviso di accertamento, in quanto considerata frutto di una stima del tutto slegata da canoni di normalità economica, viziata da numerosi ed evidenti errori che ne inficiavano completamente l'attendibilità; *ex adverso*, considerava del tutto corretto il valore dei marchi dichiarato, stabilito dal gruppo sulla base di una valutazione (perizia) commissionata alla nota società di consulenza P.W.H.C. (PWC), soggetto terzo rispetto al gruppo, che stimava il valore dei marchi cedendi intorno ad euro 355.000.000..

In conclusione, parte ricorrente, chiedeva l'annullamento dell'atto impositivo *de quo*, in quanto:

- 1) affetto da vizi procedimentali radicali, quali
 - a) la tardività, essendo stato notificato oltre il termine di legge;
 - b) il difetto di motivazione, avendo l'Agenzia omissso di considerare completamente il contenuto di due memorie istruttorie ed avendo considerato soltanto parzialmente una terza memoria;
 - c) il mancato rispetto del precetto recato dal comma 4 dell'art. 37 bis, DPR n. 600/1973, non avendo l'Agenzia inviato la relativa "richiesta di chiarimenti";
 - d) una struttura motivazionale affetta da plurime ed insanabili contraddizioni
- 2) nel merito, affetto da vizi di legittimità e da infondatezza obiettiva della pretesa, in quanto:

- a) ha per oggetto una cessione considerata simulata dalla stessa Agenzia;
- b) il preteso maggior prezzo/reddito non costituisce materia imponibile;
- c) il maggior valore dei marchi è frutto di una valutazione del tutto e molto gravemente errata;
- d) pur muovendosi in una logica antiabusiva, l'ufficio non ha dimostrato l'esistenza di un guadagno equivalente al prezzo asseritamente non percepito e corrispondente al preteso valore venale dei marchi;
- e) dall'operazione sindacata non poteva derivare e non è derivato, a detta del ricorrente, un danno erariale, ovvero non poteva essere conseguito un vantaggio fiscale indebito.

In subordine, chiedeva l'annullamento parziale dell'atto impugnato nella parte in cui non accerta il debito di imposta corrispondente al preteso vantaggio fiscale, in misura non superiore ad euro 6.083.892,14, ovvero ad euro 9.492.842 ovvero ancora ad euro 38.142.324.

Con atto di costituzione in giudizio depositato l'11 febbraio 2011, l'ufficio accertatore presentava proprie controdeduzioni con le quali contestava e respingeva integralmente le argomentazioni di parte ricorrente.

Ribadiva il chiaro intento elusivo dell'operazione messa in atto a seguito della riorganizzazione della struttura del gruppo, effettuata al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

Respingeva tutte le eccezioni di parte ricorrente, e sosteneva corretto il proprio operato.

Nel merito, confermava la correttezza del valore accertato, confermato altresì da alcune valutazioni effettuate da primarie società di consulenza a livello mondiale, dalle quali emergeva un valore attribuito ai marchi D.&G., pari ad euro 2.220.000.000.

Sottolineava, altresì, che la stessa Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Lombardia, aveva fornito un suo studio, basandosi su pregresse ed analoghe esperienze nel settore, individuando il valore del marchio in un *range* compreso tra euro 1.006.417.971 ed euro 1.138.669.954.

In riferimento al mero ed esclusivo vantaggio fiscale, ottenuto, a detta dell'ufficio, dal contribuente tramite l'operazione di ristrutturazione del gruppo, che avrebbe configurato il cd. abuso di diritto, l'ufficio accertatore ribadiva la bontà e la legittimità della propria tesi, già ben motivata in fase di accertamento.

Sottolineava che ciò era dimostrato, dal fatto che tutta l'operazione posta in essere, aveva determinato, quale ulteriore vantaggio fiscale oltre al risparmio in materia di imposte dirette, una "trasformazione" in capo ai soggetti persone fisiche, delle *royalties* in dividendi, derivandone, tra l'altro, per gli stessi, il vantaggio di aumentare i dividendi incassati a seguito di una minore imposizione scontata in Lussemburgo.

Per tutte tali ragioni, l'ufficio chiedeva il rigetto integrale del ricorso *de quo* e la conferma della legittimità dell'avviso di accertamento emesso.

Parte ricorrente depositava, successivamente, più memorie, alle quali alle-

gava ulteriore documentazione a propria difesa (sentenze, perizia redatta dal professori universitari, ecc.) e dove confermava integralmente tutte le ragioni e le conclusioni formulate nel ricorso introduttivo.

Presenti all'udienza le parti che hanno insistito nelle loro richieste ed eccezioni.

La Sezione giudicante così decide:

Raddoppio dei termini

La notifica degli avvisi di accertamento agli stilisti, per il Collegio giudicante, è corretta in quanto a norma dell'art. 43, comma 3 del DPR n. 600/1973.

Quest'ultimo comma racchiude il contenuto del comma 24 dell'art. 37 del DL n. 223/2006 in materia di raddoppio dei termini.

La notifica dell'avviso di accertamento per l'anno 2004 sarebbe scaduto normalmente il 31 dicembre 2009. In presenza di violazione in materia di reati tributari secondo il contenuto del D.Lgs. n. 74/2000, e con l'invio della denuncia contenente "*notitia criminis*" da parte dei funzionari dell'amministrazione finanziaria alla competente Procura della Repubblica del Tribunale Penale, i termini per notificare l'avviso di accertamento vengono raddoppiati rispetto a quelli normali.

L'operato dell'ufficio in tal senso è corretto perché in linea con la sentenza n. 247 del 27 luglio 2011 della Corte costituzionale.

Sull'argomento, le doglianze della difesa risultano infondate e non idonee a contestare l'operato dell'ufficio.

L'avviso di accertamento essendo stato notificato nei termini di legge è legittimo e, quindi, il Collegio giudicante entra nel merito dell'esame della contestazione fiscale.

A) Negoziio giuridico inficiato da abuso di diritto

Nel caso in esame e per l'annualità in questione, vale a dire 2004, l'unica questione non contestata dalle parti è quella che il reddito accertato in capo ai due stilisti deriva dalla vendita, come persone fisiche, di marchi commerciali.

Con questo termine si intende il segno che contraddistingue la fabbricazione di prodotti (marchio di fabbrica) o la commercializzazione di prodotti (marchio di commercio) o la prestazione di servizi di una determinata impresa o di persone private, come nel caso di specie.

Si legge negli atti del fascicolo processuale che la posizione era la seguente:

- gli stilisti D.D. e S.G. possedevano il 50 per cento a testa della D&G s.r.l., *holding* del gruppo;
- la D&G s.r.l. a sua volta possedeva il 90 per cento della D.&G. s.r.l.;
- la D.&G. s.r.l. possedeva a sua volta il 51 per cento della D.&G. Industria s.p.a.

All'aspetto strutturale conseguiva quello funzionale in base al quale:

- la D&G s.r.l. fungeva da *holding*;
- la D.&G. s.r.l. fungeva da *sub-holding* licenziataria dei marchi che concedeva in sub licenza ai produttori;

– la D.&G. Industria Spa che fungeva da licenziataria dei marchi era unità produttiva.

Orbene, allo stesso modo e nel rispetto di tale struttura societaria i predetti stilisti concedevano in licenza d'uso, come privati, alla D.&G. s.r.l. i marchi di cui erano titolari. In cambio la D.&G. s.r.l. riconosceva alle persone fisiche titolari dei marchi una *royalty* compresa tra lo 0,50 per cento (profumi) e il 2,5 per cento (abbigliamento e accessori).

La situazione di fatto veniva a mutarsi a partire dal 4 marzo 2004.

In tale data venivano infatti costituite due società lussemburghesi:

- la G.S. posseduta per intero dalla D.&G. Luxembourg sarl;
- la D.&G. Luxembourg sarl posseduta per l'80 per cento dalla D&G srl e per il restante 20 per cento dalla famiglia D.

A completamento della nuova struttura societaria, il 29 marzo 2004, i signori D.D. e S.G. cedevano alla G.S. la titolarità dei marchi per un corrispettivo di 360 milioni di euro, da regolarsi in 14 rate semestrali con scadenza al 31 marzo e al 30 settembre di ogni anno.

La G.S., a sua volta, concedeva in licenza in via esclusiva per 12 anni alla D.&G. s.r.l., il pagamento di *royalties*, da determinarsi percentualmente sul fatturato risultante da tutte le fatture emesse dalla licenziataria e dai terzi sub-licenziatari a seguito delle vendite di prodotti e servizi annualmente effettuate, così come richiamato espressamente nel contratto di licenza n. 31772004.

Deve essere evidenziato il fatto che la percentuale di *royalties* sul fatturato contrattualmente prevista, che D.&G. s.r.l. si impegnava a corrispondere a G.S., oscillava tra il 3 per cento e l'8 per cento, a seconda delle linee di prodotti considerati, con un minimo garantito, inizialmente pari a 54 milioni di euro, incrementato annualmente in misura non inferiore al 7 per cento.

Rileva il Collegio giudicante che:

- a seguito di tale ristrutturazione, nessuna modificazione era intervenuta nella *governance* del gruppo, rimasta sempre sotto il controllo dei due stilisti;
- le *royalties* generate dalla commercializzazione dei marchi, non venivano pagate in Italia, ma in Lussemburgo;
- che il corrispettivo dichiarato dai contribuenti (i due stilisti) per la vendita dei marchi, è stato assoggettato a tassazione in Italia.

L'ufficio nell'esaminare il quadro sopra riportato, e inquadrato i fatti economici intercorsi fra le persone private e le società, ha concluso che l'effettuazione delle operazioni abbiano apportato un evidente vantaggio fiscale dalle operazioni poste in essere dai due stilisti.

Rileva sempre l'ufficio che i compensi a titolo di *royalties* si sono trasformati in dividendi, derivandone per gli stessi soci, il vantaggio di incassare più dividendi, con minore imposizione fiscale, perché scontata in Lussemburgo.

Altro punto in cui le parti (vale a dire contribuenti e fisco) sono d'accordo è quello che riguarda il fatto che il valore di cessione dei marchi *de quibus*, dichiarato nell'anno 2004 dai contribuenti, era stato esposto nelle due dichiarazioni dei redditi personali e, pertanto, il corrispettivo incassato derivante dalle

cessione di detti marchi, aveva scontato le relative imposte (Irpef e addizionale regionale). Il canone incassato, corrispondeva al corrispettivo e questo costituiva reddito diverso, ex art. 81, comma 1, lett. 1) del Tuir, e, quindi, la cessione dei marchi, intestati agli stilisti era ed è imponibile Irpef.

Il punto che l'amministrazione finanziaria ha sollevato per la cessione di tali marchi, sta nel fatto che questa deve avvenire ad un valore congruo di mercato, ovvero deve essere effettuata tenendo conto del disposto di cui all'art. 9 del Tuir in quanto il valore complessivo attribuito alla vendita, per complessivi 360 milioni di Euro, non risultava congruo.

Su tale punto questo Giudice rinvia alla parte di valutazione economica appositamente stesa per la valorizzazione del marchio, che segue nella parte B) della sentenza.

Alla luce di quanto sopra evidenziato rileva il Collegio giudicante che tutte le operazioni *de quibus* sono da inquadrare in operazioni abusive del diritto, che nel loro insieme hanno consentito al gruppo D.&G. di ottenere dei vantaggi fiscali.

Dapprima l'ufficio e poi il Consesso giudicante ritengono che i contribuenti sopra citati, attraverso le operazioni poste in essere, rimangono comunque titolari (indirettamente dei marchi) ottenendo di spostare il flusso delle royalties in Lussemburgo, non pagando conseguentemente imposte in Italia e riservandole (in una modestissima parte per la verità) all'erario lussemburghese.

Non solo, ha sostenuto ancora l'ufficio: il reale valore dei marchi non dichiarati al Fisco italiano, essendo restato ancora latente, avrebbe scontato in caso di successiva cessione da parte del soggetto lussemburghese, la propria tassazione sempre in Lussemburgo, con ulteriore ingente vantaggio fiscale.

Quanto affermato dall'ufficio è condiviso da questo Giudice, perché:

- esiste un risparmio d'imposta (vantaggio fiscale) non indifferente;
- sono state aggirate le norme relative alla tassazione dei redditi derivanti dalla cessione di marchi effettuate da soggetti, non esercenti arti e professioni e non esercenti attività d'impresa (essendo persone private);
- nel caso specifico sono stati aggirati i principi costituzionali della capacità contributiva e dell'imposizione fiscale (vedasi la costituzione in breve tempo di società lussemburghesi);
- le operazioni sono state poste in essere senza che i contribuenti avessero addotto ragioni economiche valide, rispetto al semplice risparmio d'imposta.

A tale riguardo, con riferimento al vantaggio fiscale, il Collegio si riporta anche alle considerazioni svolte nel PVC redatto dai verificatori.

Questo Giudice fa proprie le osservazioni fatte dai militari della Guardia di finanza, laddove sostengono che il vantaggio si inquadra in un più ampio disegno elusivo che contempla da un lato, il tentativo di esterovestizione della G.S. (poi annullata dal successivo rtrasferimento in Italia) e dall'altro, la cessione dei marchi ad un prezzo inferiore al valore di mercato.

Stando così, il flusso reddituale connesso alle *royalties* è stato trasferito, nel piano originario, dall'Italia al Lussemburgo. Tale circostanza avrebbe com-

portato, come ulteriore elemento di vantaggio, un incremento dei dividendi attesi, in virtù del minor livello impositivo che grava in Lussemburgo, sugli utili qui ivi realizzati, i cui dividendi sarebbero connessi.

Rileva altresì il Collegio che il beneficio fiscale derivante dal trasferimento della proprietà dei marchi dagli stilisti alla G.S. permane anche nella situazione in cui detta entità sia stata fiscalmente residente in Italia. Tale vantaggio consiste, appunto, nella possibilità di assoggettare all'aliquota prevista per le società (tassazione al 37,25 per cento per l'anno 2004, fra Ires e Irap), nettamente inferiore rispetto a quella gravante sui redditi delle persone fisiche (45 per cento nell'anno 2004, per solo aliquota Irpef).

Oltre al risparmio fiscale, risulta che la gestione economica imprenditoriale della griffe, non è mutata a seguito della formale cessione dei marchi alla G.S. e che, tra l'altro, la gestione è stata condotta proseguendo ad utilizzare la struttura amministrativa/aziendale della società D.&G. s.r.l., licenziataria dei marchi; per ultimo risulta che la sede della G.S. non ha costituito affatto un centro decisionale amministrativo, bensì una mera localizzazione realizzata mediante domiciliazione all'estero.

Risulta chiaro che la creazione di una struttura societaria basata su livelli di *holding*, come nel caso di specie con la costituzione di due società di diritto lussemburghese, non riveste i caratteri di validità economica richiesti per ritenere applicabili le norme antielusive.

Ciò anche per il fatto che la complessità delle strutture organizzative, con conseguente aumento di spese amministrative e di gestione, non è ritenuta rispondente ai criteri di massimizzazione del risultato economico, a cui dovrebbe tendere l'impresa. Questo Collegio fa proprio il contenuto affermato dalla Corte di cassazione, in più sentenze, non ultime quelle a Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, laddove stabiliscono il seguente principio di diritto: "...non hanno efficacia nei confronti dell'amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscono un abuso di diritto, cioè che si traducono in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale".

Ed ancora, nel solco di questa traiettoria, vale il principio con il quale "...il contribuente non può trarre vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale".

Il Collegio osserva nello specifico, che i contribuenti hanno posto in essere un comportamento abusivo, come sopra meglio identificato, in tal caso "...le operazioni implicite devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato".

Il Collegio ritiene che, in conclusione, non è opponibile all'amministrazione finanziaria il comportamento adottato dal contribuente, censurabile alla luce

del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., in quanto è integrata, nel presente caso una fattispecie abusiva conseguente alla cessione dei marchi ad un corrispettivo non congruo rispetto al normale valore di mercato del bene alla società lussemburghese G.S., con lo scopo di realizzare un indebito risparmio d'imposta attraverso la sottrazione del giusto corrispettivo in capo alle persone fisiche.

B) Valore da attribuire ai marchi venduti dagli stilisti

In riferimento all'analisi tecnica dell'impostazione metodologica per la stima del valore dei marchi, questo Giudice evidenzia quanto segue.

Riguardo al processo valutativo da utilizzare ai marchi, il Collegio ritiene corretto l'approccio "basato sul reddito" (*incombe based*); con tale criterio, il valore del marchio è stimato attualizzando, per un congruo orizzonte temporale, i flussi di reddito che esso effettivamente genera o è potenzialmente in grado di generare. Nello specifico, viene adottato, in questa sede, il medesimo metodo utilizzato sia dall'Agenzia delle Entrate, in fase di accertamento, sia dal contribuente nella perizia allegata al fascicolo processuale, che si identifica nel criterio denominato "*royalty relief*", che consiste nel calcolare il valore del marchio in funzione del "reddito differenziale" prodotto dallo stesso rispetto al reddito di un'ipotetica azienda non dotata del marchio in parola (cioè *unbranded*).

Tale criterio *royalty relief* assume a riferimento della stima le *royalties* che il marchio è in grado di generare anche alla luce di contratti di licenza, se esistenti, aventi ad oggetto l'utilizzo dello stesso. Il criterio si esplica nella seguente formula:

Omissis

Dove:

- "*Sales*" è il fatturato annuo afferente al marchio oggetto di valutazione;
- "*r* per cento" è il tasso di *royalty* (*royalty rate*) lordo di imposta, espresso in percentuale del fatturato annuo, associabile allo sfruttamento del marchio;
- "*n*" è l'orizzonte temporale rilevante ai fini della stima;
- "*tax*" è l'aliquota fiscale gravante sui flussi attesi di *royalties*;
- "*wacc*" è il costo medio ponderato del capitale.

Per quanto concerne le variabili inserite nella formula *de qua*, il Consesso condivide e reputa idonei i valori attribuiti ad esse da parte dell'Agenzia delle Entrate, con il solo dato di differenza del tasso di crescita prospettica del fatturato.

In particolare, il Collegio ha ritenuto di determinare le variabili, di cui alla formula sopra esposta, nel seguente modo.

L'orizzonte temporale "*n*" è stato considerato limitato in quanto all'epoca della cessione (anno 2004) i marchi *de quibus* si caratterizzavano per alcuni profili di incertezza che avrebbero potuto compromettere la capacità prospettica degli stessi di generare benefici economici nel lungo periodo;

per tale ragione sarebbe risultato poco congruo adottare un orizzonte temporale illimitato, che avrebbe potuto distorcere il valore finale dei marchi.

Per tale motivo, il Collegio reputa corretto e ragionevole assumere, quale

orizzonte temporale rilevante ai fini della stima, la durata contrattuale prevista nel contratto di licenza dei marchi, stipulato tra G. e D.&G. s.r.l. in data 31 luglio 2004, e pari a 12 anni (periodo 2005-2016), così come già previsto dalle parti in causa.

La configurazione del fatturato (“*sales*”) adottata dal Collegio giudicante coincide, sostanzialmente con quello quantificato dall’Agenzia delle Entrate; sono state, cioè, quantificate le *royalties* relative all’anno 2004, prese a fondamento per calcolo dei flussi di *royalties* attese, assumendo a riferimento una configurazione di fatturato cd. *retail*. Tale valore coincide con il fatturato conseguito dalla società D.&G. s.r.l. e dalle sue controllate, nell’anno 2004, pari ad Euro. 505 milioni.

Tale valore risulta sicuramente più adeguato rispetto a quello utilizzato dal ricorrente e contenuto nella perizia di stima allegata al fascicolo processuale; la scelta di separare la remunerazione dei marchi e la remunerazione di altri fattori produttivi immateriali (quali *styling*, gestione della rete commerciale, ecc.) non regge, per il fatto che questi ultimi, pur essendo autonomamente identificabili, non risultano avere una propria autonomia economica, in quanto una volta venuti meno i marchi, gli stessi non sarebbero più in grado, da soli, di creare reddito: il fatturato sarebbe praticamente azzerato.

Al contrario, risultano essere fattori produttivi legati in maniera indissolubile al marchio e, pertanto, correttamente inseriti nel calcolo del fatturato da considerare.

In riferimento alla variabile fiscale (*tax*) il Consesso giudicante condivide l’operato dell’ufficio circa la non tassabilità dei flussi attesi di *royalties*, tenuto conto che i marchi sono stati ceduti ad una società lussemburghese (pag. 8 avviso di accertamento *de quo*), situazione già nota all’epoca. Si ritiene pertanto non condivisibile la scelta del ricorrente di applicare l’aliquota media del 33,87 per cento a titolo di tassazione.

Riguardo l’applicazione della dinamica dei tassi di crescita delle *royalties* per il periodo 2005-2016, il Collegio giudicante conferma il *trend* di crescita così come tracciato dal ricorrente.

Dovendo, infatti, considerare il tutto dal punto di vista della crescita prevedibile all’epoca della cessione dei marchi (anno 2004), la tesi del ricorrente appare comunque corretta, confortata dai dati consuntivi ed altresì dalla perizia di PWC, che già all’epoca forniva dati in linea (anzi inferiori) con quelli del contribuente.

Il Consesso, dunque, visto il calo della percentuale di crescita dal fatturato nei quattro anni immediatamente precedenti la cessione, passato dal 78,0 per cento dell’anno 2001 al 23,0 per cento dell’anno 2004, ritiene più che giustificato e ragionevole il tasso di crescita calcolato dal ricorrente (anno 2005 - 13,2 per cento, 2006 - 9,6 per cento, 2007 - 7,6 per cento, 2008 - 6,4 per cento, 2009 - 5,5 per cento, 2010 - 4,9 per cento, 2011 - 2016 - 5,0 per cento).

Il Collegio giudicante, infine, conferma il valore dell’ufficio anche in riferimento al “*wacc*” (*weighted average cost of capital*), ovvero sia, il costo medio ponderato del capitale, utilizzato per attualizzare i flussi attesi di *royalties*.

L'ufficio ha calcolato un tasso *wacc* pari all'8,88 per cento che risulta più idoneo rispetto a quello calcolato dal ricorrente, confermato poi dalla perizia allegata al fascicolo processuale, pari al 9,92 per cento.

Il *wacc*, esprime il costo che l'azienda deve mediamente sostenere per raccogliere risorse finanziarie presso soci e finanziatori.

Tale tasso è costituito, dunque, dal costo del capitale proprio, esplicitato nei dividendi, ed il costo del capitale di terzi (o capitale di debito), esplicitato negli interessi passivi.

La grande differenza tra le due tipologie di debito risiede nel fatto che, mentre sugli interessi passivi la società non ha potere di discrezionalità, in materia di risultato di dividendi (e, quindi di remunerazione del capitale proprio) si deve considerare il fatto che gli stessi, se presenti, non sono invece imposti ma, al contrario, vengono distribuiti o meno a discrezione delle decisioni dell'assemblea e del C.d.A. della società, sulla base delle politiche di bilancio e delle disponibilità. Il Collegio evidenzia il fatto che nel Gruppo D.&G., la grande maggioranza del debito (95,40 per cento) è costituito dal capitale proprio (che costituisce, comunque, debito nei confronti degli azionisti) e solo una piccola parte (4,60 per cento) è costituita da capitale di terzi o di debito.

È, pertanto, ragionevole supporre un tasso *wacc* non eccessivamente elevato, che trova conferma nel valore calcolato dall'ufficio nell'avviso di accertamento in questa sede impugnato, pari all'8,88 per cento.

Alla luce di queste considerazioni, il Collegio giudicante determina il valore dei marchi in Euro. 731.795.000,00., arrotondato per comodità di calcolo ad Euro 730.000.000. valore ottenuto con l'adozione delle seguenti ipotesi:

- configurazione di fatturato: *retail* (totale vendite gruppo);
- tasso di crescita periodo 2005-2010: 2005 pari al 13,2 per cento; 2006 pari al 9,6 per cento; 2007 pari al 7,6 per cento; 2008 pari al 6,4 per cento; 2009 pari al 5,5 per cento; 2010 pari al 4,9 per cento;
- tasso di crescita periodo 2011-2016: 5,0 per cento;
- tasso di *royalty*: 6,5 per cento; aliquota fiscale sulle *royalties*: zero; tasso di attualizzazione (*wacc*): 8,88 per cento.

Le spese di giudizio vengono compensate fra le parti.

Il Collegio giudicante

P.Q.M. - Accoglie parzialmente il ricorso e determina il valore complessivo dei marchi in euro 730.000.000 (settecentotrentamila milioni di euro). Irpef di conseguenza. Respinge nel resto. Sanzioni di conseguenza. Spese compensate.

(1) *Transfer pricing* come abuso del diritto: tanto rumore per nulla?

SOMMARIO: 1. I fatti di causa e le questioni di fondo sollevate. - 2. Abuso del diritto e “inopponibilità” del corrispettivo contrattuale. - 2.1. Inquadramento del problema. - 2.2. L’evanescente risparmio fiscale costituito dalla “trasformazione delle *royalties* in dividendi”. L’obliterazione della legislazione CFC (*Controlled Foreign Companies*). - 2.3. Verifica circa l’esistenza di uno “spazio concettuale” occupabile dalla fattispecie tratteggiata dalla sentenza. - 2.4. La natura – anti-abusiva o meno – della disciplina in tema di *transfer pricing*. - 2.4.1. Premessa. - 2.4.2. La posizione della Corte di cassazione. - 2.4.3. L’impostazione “internazionale”. - 2.4.4. Le indicazioni ritraibili dal diritto comunitario. - 2.4.5. La coerenza sistematica dell’impostazione “internazionale”. - 2.5. Operazioni tra parti correlate e corrispettivi inferiori al valore normale: elusione o evasione? - 2.5.1. Premessa. - 2.5.2. Gli strumenti di diritto interno che consentono il riferimento al parametro del valore normale nell’ambito delle transazioni tra parti correlate e non. - 3. Conclusioni.

1. *I fatti di causa e le questioni di fondo sollevate.* - Il caso in commento – così come descritto nella narrativa della sentenza – trae origine da un’operazione di “riorganizzazione societaria” per effetto della quale due stilisti di moda di fama internazionale cedevano (per un corrispettivo di Euro 360 milioni pagabile in 14 rate semestrali) il marchio, del quale erano proprietari in comunione *pro indiviso*, ad una società di diritto lussemburghese (la G. s.a.r.l.) posta sotto il controllo di una *sub-holding*, anch’essa di diritto lussemburghese (la D&G s.a.r.l.).

I due cedenti avevano esposto la propria quota del corrispettivo di cessione nelle proprie dichiarazioni dei redditi, qualificando i relativi proventi come redditi diversi “*ex art. 81 (rectius 67), comma 1, lett. l) del Tuir*” ossia come “*redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere*”.

I soci della società acquirente D&G s.a.r.l. erano – per l’80 per cento del suo capitale – la società italiana D&G s.r.l. – di proprietà dei due stilisti – e per la parte restante la “famiglia” di uno di essi; pertanto, ed in ultima analisi, il marchio passava da una titolarità “diretta” ad una titolarità “indiretta” dei predetti stilisti i quali, nonostante la cessione, continuavano a mantenerne il “controllo” attraverso la descritta catena di società residenti (quanto all’80 per cento) e non residenti.

La cessione del marchio è dunque avvenuta tra parti che possono obbiettivamente dirsi “correlate” – nell’accezione “tributaria” di tale fattispecie così come delineata dall’art. 110 comma 7 del Tuir – posto che

la società acquirente era “indirettamente” controllata dai venditori (il che non significa affermare anche che tale proposizione normativa fosse applicabile al caso di specie dal momento che i cedenti non operavano nell’esercizio di imprese).

Prima della sua cessione il marchio risultava concesso in licenza alla società D&G Industria s.p.a., società produttiva del gruppo ed anch’essa controllata dai due stilisti attraverso una *holding* (la citata D&G s.r.l.) ed una *sub-holding* (la D.&G. s.r.l.).

A seguito della cessione, la società acquirente “G. s.a.r.l.” concedeva il marchio in licenza in via esclusiva alla società italiana “D.&G. s.r.l.” per un periodo di 12 anni dietro corresponsione di *royalties* “in percentuale compresa tra il 3 e l’8 per cento del fatturato, con un minimo garantito inizialmente pari ad euro 54 milioni, incrementato annualmente in misura non inferiore al 7 per cento”.

La sentenza, poi, dà conto del fatto che la società “G. s.a.r.l.” (neoproprietaria del marchio):

(i) dapprima, aveva stipulato un accordo con l’amministrazione finanziaria lussemburghese in forza del quale la tassazione delle *royalties* percepite dalla D&G s.r.l. veniva stabilita ad una aliquota del 4 per cento e,

(ii) in un momento successivo, aveva trasferito la propria residenza fiscale in Italia determinando – si deve evidentemente presumere – l’attrazione di dette *royalties* alla sua giurisdizione fiscale.

Questa essendo la struttura dell’operazione, la Commissione tributaria provinciale di Milano – salvo il profilo della determinazione dell’imponibile recuperato a tassazione – ha sostanzialmente fatto propria la ricostruzione della presente vicenda effettuata dalla Guardia di finanza prima e dall’Agenzia delle Entrate poi, secondo la quale:

(i) in primo luogo, il marchio sarebbe stato ceduto ad un prezzo “non congruo” (pag. 9) perché inferiore al suo “valore normale”, determinabile secondo quanto disposto dall’art. 9 del Tuir;

(ii) in secondo luogo, le operazioni messe in atto nel corso della descritta “riorganizzazione societaria” sarebbero da “inquadrare in operazioni abusive del diritto che nel loro insieme hanno consentito al gruppo D&G di ottenere dei vantaggi fiscali” (pag. 9) riassumibili in ciò che

– “i compensi a titolo di *royalties* si sono trasformati in dividendi derivandone per gli stessi soci il vantaggio di incassare più dividendi, con minore imposizione fiscale, perché scontata in Lussemburgo” (pag. 9);

– anche a seguito del trasferimento in Italia della residenza fiscale della società G. s.a.r.l. (neo-proprietaria dei marchi) resterebbe intatto un vantaggio fiscale consistente *“nella possibilità di assoggettare all’aliquota prevista per le società (tassazione al 37,25 per cento per l’anno 2004, fra Ires ed Irap) nettamente inferiore rispetto a quello gravante sui redditi delle persone fisiche (45 per cento nell’anno 2004, per solo aliquota Irpef)”* (pag. 10)

– *“il reale valore dei marchi non dichiarati al Fisco italiano, essendo restato ancora latente, avrebbe scontato in caso di successiva cessione da parte del soggetto lussemburghese, la propria tassazione sempre in Lussemburgo, con ulteriore ingente vantaggio fiscale”* (pag. 10).

La sintesi dell’*excursus* argomentativo della Commissione tributaria provinciale di Milano – la quale anche da questo punto di vista, ha recepito l’impostazione concettuale di fondo data al recupero dall’Agenzia delle Entrate – è così di seguito sintetizzabile:

(i) facendo tesoro della giurisprudenza di legittimità in tema di “abuso del diritto” in campo tributario così come fissata nelle sentenze delle SS.UU. 30055, 30056 e 30057 del 2008, *“non è opponibile all’amministrazione finanziaria il comportamento adottato dal contribuente, censurabile alla luce del principio di capacità contributiva di cui all’art. 53 della Costituzione, in quanto è integrata, nel presente caso una fattispecie abusiva conseguente alla cessione dei marchi ad un corrispettivo non congruo rispetto al valore normale di mercato del bene alla società lussemburghese G. S.a.r.l., con lo scopo di realizzare un indebito risparmio d’imposta attraverso la sottrazione del giusto corrispettivo in capo alle persone fisiche”*

e, dunque,

(ii) *“le operazioni implicite devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato”*

e pertanto ed in conclusione

(iii) il corrispettivo di cessione dei marchi deve essere “rideterminato” in ossequio al principio del valore normale e la differenza rispetto a quello indicato in atti deve essere recuperata al prelievo nei confronti dei cedenti all’interno della stessa categoria reddituale dai medesimi dichiarata al riguardo (*id est* redditi diversi ex art. 67, comma 1 lett. (l) del Tuir).

La seconda parte della sentenza, poi, si concentra sui criteri adottabili nella determinazione del predetto valore normale giungendo – dopo calcoli di non secondaria complessità – alla conclusione che (a fronte di

un prezzo dichiarato di 360.000.000 euro ed un valore accertato di 1.193.712.000 euro) esso sia da determinarsi in 730.000.000 euro (1).

La vicenda in esame ha avuto, dati anche gli importi contestati, un risvolto penale.

Al riguardo risulta che la Corte di cassazione, con sentenza n. 7739 del 2012 (2), abbia annullato la sentenza di non luogo a procedere “perché il fatto non sussiste” emessa dal G.U.P di Milano nei confronti – tra gli altri – dei due stilisti in relazione al reato di dichiarazione infedele ex art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000 (oltre che di truffa aggravata ai danni dello Stato, fattispecie che, tuttavia, la Suprema Corte ha qualificato come assorbita dalle incriminazioni penal-tributarie).

La sentenza, recependo l'impostazione della Agenzia delle Entrate circa il carattere elusivo/abusivo della condotta imputata ai due stilisti – e consistente nella (sotto)valutazione del marchio in sede di determinazione del corrispettivo di cessione del medesimo – ha affrontato il problema della “*rilevanza penale dell'elusione in materia fiscale* (3)” premettendo come, in proposito, non possa “*dirsi che la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione si sia espressa compiutamente*”.

La Cassazione ha respinto, innanzitutto, la tesi circa la sussistenza di una incompatibilità ontologica tra l'elusione fiscale e le fattispecie delittuose di cui agli artt. 4 (dichiarazione infedele) e 5 (dichiarazione omessa) del D.Lgs. n. 74. Al riguardo – si osserva nella sentenza della Corte di legittimità – depone primariamente la lettera dell'art. 1, lett. (f) del D.Lgs. n. 74 citato (4).

(1) Al riguardo si può vedere F. DEZZANI e L. DEZZANI, *Comm. trib. prov. di Milano*, sez. XVI, sent. 4 gennaio 2012, n. 1 - Marchio “Dolce & Gabbana”: valutato 730 milioni di euro, in *Fisco*, n. 26, 2012.

(2) Per un commento su tale pronuncia, G. ESCALAR, *Un caso esemplare di trasformazione indebita del divieto di abuso del diritto in norma impositiva in bianco*, in *Corr. trib.*, 2012, 1670.

(3) In merito cfr. le recenti riflessioni di D. STEVANATO, *Profili penali dell'elusione: conferme sull'irrilevanza penale dell'elusione* di L. Troyer e D. Stevanato in *Dialoghi trib.*, n. 1, 2012.

(4) Laddove “*fornisce una definizione molto ampia dell'imposta evasa: 'la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine', definizione idonea a ricomprendere l'imposta elusa, che è appunto il risultato della differenza tra un'imposta effettivamente dovuta, cioè quella della operazione che è stata elusa, e l'imposta dichiarata, cioè quella auto liquidata sull'operazione elusiva*”.

In secondo luogo, la rilevanza penale dei comportamenti elusivi troverebbe conferma secondo la Cassazione anche nella lettura *a contrariis* dell'art. 16 del D.L.vo n. 74 cit. il quale prevede che non dà luogo a fatto punibile la condotta di chi, avvalendosi della procedura di interpello prevista dall'art. 2, comma 9 e 10 della legge n. 413/1991, si sia uniformato al parere reso dal Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive ovvero abbia compiuto le operazioni esposte nell'istanza sulla quale si sia formato il silenzio-assenso: "(...) *non vi sarebbe necessità di una esimente speciale per la tutela dell'affidamento se l'elusione fosse irrilevante dal punto di vista penale, mentre nessun elemento né testuale né sistematico consente di ritenere che tale norma si riferisca, come da alcuni ritenuto, a casi di evasione in senso stretto e non di elusione*" (par. 4.6).

A questo riguardo, la Suprema Corte ha osservato come la puntualizzazione contenuta nella Relazione governativa al sopra citato art. 16 – dove si precisa che tale proposizione normativa non può essere letta come "*diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie lato sensu elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo*" – sebbene non decisiva a tali effetti (*id est*: escludere la rilevanza penalistica delle condotte elusive) – supporti la enunciazione di un principio secondo il quale "*non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi espressamente prevista dalla legge. (...) In altri termini, nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva che prescinda da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva*" (par. 4.6).

Pertanto, con tale principio, la Corte di legittimità sembra aver instaurato una dicotomia così riassumibile:

(i) mentre le condotte positivamente qualificate come elusive dal legislatore sono ricondotte nell'ambito del penalmente rilevante,

(ii) quelle qualificabili come elusive per effetto della invocazione del "principio generale del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario" (da ultimo, Cass. n. 2193/2012, par. 5) – ma che non trovano corrispondenza "*in una specifica ipotesi espressamente prevista dalla legge*" – non danno invece luogo a fatti penalmente rilevanti.

Le questioni sollevate da questo accertamento fiscale e dalle sentenze tributarie e penali che ne sono seguite sono molte e tutte di indubbio interesse.

Tra queste continua certamente ad esservi quella della “tenuta” sistematica della stessa idea di un principio “non scritto” di divieto di abuso del diritto in materia tributaria (5); questione, per certi versi, arricchita dalla appena descritta posizione della Corte di cassazione in tema di rilevanza penale dell’elusione fiscale.

In effetti, sembra lecito domandarsi come mai dovrebbe esservi una “risposta” diversa dell’ordinamento penale e di quello tributario all’ipotesi “*di una regola generale antielusiva che prescindendo da specifiche norme antielusive*”, non potendo certo tale diversità spiegarsi sulla base della diversa natura (rispettivamente assoluta e relativa) del principio di legalità che pure opera in entrambi gli ambiti.

In particolare, non si comprende per quale motivo al contribuente che redige la dichiarazione dei redditi verrebbe richiesto di operare valutazioni diverse a seconda che la sua preoccupazione sia quella di adempiere fedelmente alla obbligazione tributaria della quale costui sia soggetto passivo oppure quella di non commettere reati tributari: mentre in questa seconda prospettiva potrebbe “limitarsi” a tenere conto “*del complessivo sistema normativo tributario, che assume carattere precettivo nelle specifiche disposizioni antielusive*”, nella prima prospettiva dovrebbe aver riguardo ad un “sistema tributario” dai confini più vasti e remoti al cui interno operano principi antielusivi che *non* assumono carattere precettivo in specifiche disposizioni antielusive.

Pur non essendo il legislatore intervenuto sulla materia (ovvero, a sistema penal-tributario immutato), si profila dunque – e nondimeno – un

(5) Si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, i lavori di G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, M. BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, G. ZIZZO, *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, G. MAISTO, *Norme anti-elusive, abuso del diritto e convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, P. PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, tutti raccolti in G. MAISTO (a cura di) *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009; S. LA ROSA, *Elusione e anti-elusione nel sistema delle fonti del diritto*, in questa Rivista, 2010, I, 785 ss.; M. MICCINESI, *Percorso ad hoc sull'abuso del diritto*, Il Sole -24 Ore, 14 febbraio 2012; Id., *Abuso di diritto, confini da ridefinire*, in Il Sole-24 Ore, 2 giugno 2009; Id., *Abuso del Diritto*, Atti del Convegno Paradigma, tenuto a Milano il 12 febbraio 2009; G. FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e “valide ragioni economiche”*, in Rass. trib., n. 4 del 2010; D. STEVANATO, *Elusione, abuso del diritto e riqualificazioni “a sorpresa” degli imponibili dichiarati*, in Dialoghi trib., n. 3, 2009.

“terzo binario” (oltre a quello tributario e penale) generato dalla biforcazione del binario tributario in due sub-ordinamenti: l’uno, costituito da norme scritte che interagiscono con le fattispecie penalistiche e, l’altro, costituito da norme rigorosamente non scritte che, invece, non interagiscono con il mondo del “penalmente rilevante”.

Mai come in questo caso sembra utile ricordare il monito di un Maestro fiorentino, secondo il quale *“Il diritto, quando viene violentato, poi si ribella”*.

In effetti, se il postulare l’“immanenza” all’ordinamento tributario di un “principio antielusivo non scritto” può essere sembrato un allettante rimedio all’*impasse* legislativo, tale esercizio non può celare la sua natura ultima di “scorciatoia”, fonte inesauribile di dilemmi teorici ed applicativi (6) (come il coordinamento interno, tra norme antielusive “speciali” e “general”, ed esterno con l’ordinamento penalistico).

Un insegnamento al riguardo poteva essere tratto dall’analoga operazione tentata dalla *House of Lords* – che pur poteva contare sulla reattività di un sistema (sia pure in maniera sempre meno marcata) di *common law* – e dalla clamorosa crisi di rigetto che esso ha provocato (7): d’onde la conclusione che, anche nel Regno Unito, la via per la GAAR (*General Anti Avoidance Rule*) passa per le aule parlamentari (8).

Non è, però, questo il tema che si ha in questa sede l’ambizione di trattare. Interessa, invece, concentrarsi sull’innovativa applicazione da parte dei giudici milanesi del parametro del valore normale nel contesto di una riqualificazione in chiave antielusiva di un’operazione societaria e sui corollari che ne sono stati ricavati. Essi sono così riassumibili:

(i) nel quadro di una operazione qualificabile come “abusiva” (vedremo adesso gli elementi costitutivi della relativa fattispecie, così come individuati nella sentenza), i corrispettivi sono “inopponibili” all’amministrazione finanziaria se inferiori al valore normale dei beni (o servizi) ceduti;

(6) Come osserva E. DE MITA, *Abuso del diritto: se la Corte cede al protagonismo*, in *Il Sole-24 Ore*, 2 luglio 2012, “*Sul tema dell’abuso del diritto la giurisprudenza della Corte di Cassazione raramente è uniforme, è invece contraddittoria, e anziché risolvere i problemi li moltiplica, ponendo il legislatore di fronte alla necessità di ridefinire nella legge una nozione (quella di abuso del diritto) che essa aveva definito un principio non scritto*”.

(7) Su questo tema sia consentito rinviare a P. LAROMA JEZZI, *The Evolving (and Elusive) Concept of Tax Avoidance: The UK and Italian Perspectives*, in <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2010/01/laroma-jezzi2.pdf>.

(8) Si può vedere in proposito http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf

(ii) in presenza di una simile fattispecie (*id est*: pattuizione di corrispettivi inopponibili all'amministrazione finanziaria) "... *le operazioni implicite devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato*";

(iii) tale "*ridefinizione*" delle "*operazioni implicite*" implica il potere dell'amministrazione finanziaria (e, dunque, dell'Autorità giudiziaria come giudice del rapporto tributario) di "valutare" i corrispettivi pattuiti al valore normale dei beni e servizi scambiati.

L'idea che sembra dunque sottostare a questa decisione è che, in presenza di una pattuizione "abusiva" dei corrispettivi contrattuali (concetto, come appena avvertito, da definire), questi devono essere valutati al valore normale dei beni e servizi scambiati "come se" operasse il dispositivo *anti-transfer pricing* previsto dall'art. 110, comma 7 del Tuir.

2. Abuso del diritto e "inopponibilità" del corrispettivo contrattuale. - 2.1. Inquadramento del problema. - Si è già anticipato come il "cuore" dell'accertamento fiscale – e della sentenza di merito che ne ha confermato la fondatezza – risieda nella affermata "inopponibilità" del corrispettivo pattuito dalle parti in relazione alla cessione del marchio e nella sua "sostituzione" – in chiave di "*riqualificazione della complessiva operazione abusiva*" – con il valore normale del bene ceduto.

L'inopponibilità del corrispettivo di cessione del marchio, dunque, è contestata nell'ambito del un più ampio rilievo riguardante la natura abusiva dell'intera operazione entro cui essa s'iscrive.

Quest'aspetto è molto importante: non sembra, infatti, potersi sostenere che la Commissione tributaria provinciale di Milano ipotizzi un'applicazione generalizzata del parametro del valore normale a tutte le transazioni commerciali ovvero, e detto diversamente, che secondo i Giudici milanesi l'"abuso del diritto" si concretizzi per ciò solo che un corrispettivo non sia in linea con detto parametro e che, dunque, lo scostamento sia una condizione necessaria ma anche sufficiente per far scattare il suo automatico adeguamento – in chiave antielusiva – al valore normale stesso. In effetti, sembra di potersi affermare con moderata tranquillità che la Commissione iscriva la "rivalutazione fiscale" del corrispettivo in una cornice dove – correttamente o meno, è da vedersi – sono individuati gli (ulteriori) elementi che, da un lato, determinano la "abusività" della cessione sotto il valore normale e, dall'altro, giustificano la sua "rivalutazione" nei termini appena menzionati.

Gli elementi indicati appaiono essere i seguenti.

In primo luogo, viene in considerazione la circostanza che la cessione del marchio sia avvenuta tra “parti correlate”, ossia tra soggetti legati da rapporti di controllo societario. Tale circostanza, sebbene mostrata in modo frammentario (9), sembra comunque costituire una condizione imprescindibile affinché – nella logica “antiabuso” sposata dalla sentenza – possa scattare la verifica sulla congruità del prezzo.

Al riguardo, si afferma tra l'altro: – *“Dapprima l'Ufficio e poi il Consesso giudicante ritengono che i contribuenti sopra citati, attraverso le operazioni poste in essere, rimangono comunque titolari (indirettamente dei marchi) ottenendo di spostare il flusso delle royalties in Lussemburgo, non pagando conseguentemente imposte in Italia e riservandole (in modestissima entità) all'erario lussemburghese”*.

D'altra parte, e al di là di una non chiara esplicitazione di questo aspetto (chiarezza che certo sarebbe stata apprezzabile), è piuttosto evidente come la Commissione tributaria provinciale di Milano tragga le proprie conclusioni muovendo dalla considerazione di fondo (quasi “immanente”) che la cessione del marchio non sia avvenuta tra “soggetti indipendenti” o, detto diversamente, sul “libero mercato”.

In secondo luogo, rileva la non-residenza della cessionaria. A questo proposito, in realtà, i Giudici svolgono un ragionamento il cui approdo definitivo è nel senso che la residenza estera della società acquirente è ininfluente e che, pertanto, ai fini dell'inopponibilità del corrispettivo di cessione, se ne possa prescindere.

(9) Traendone – quanto meno da parte dell'Agenzia delle Entrate – dei corollari addirittura incompatibili con la ricostruzione in chiave elusiva dell'operazione. Si legge, infatti, nella parte narrativa della sentenza come l'Agenzia avesse anche rilevato la natura simulata della cessione dei marchi (verosimilmente valorizzando appunto la circostanza che l'acquirente era per forza di cose un soggetto “compiacente” siccome costituito e sottoposto al controllo del venditore): rilievo che va all'evidenza nella direzione di denunciare una condotta qualificabile come “evasiva” anziché elusiva. Negli interessanti articoli di A. CONTRINO, *Sull'ondivaga giurisprudenza in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie nei casi di “elusione codificata” e “abuso/elusione”* e di F. COLAIANNI, *Doppio binario, “esterovestizione”, abuso del diritto, valore normale e presunzioni tributarie in un'interessante decisione (nota a Trib. Milano n. 828/2011)*, entrambi in questa Rivista, 3, 2012, rispettivamente, I, 261 ss. e III, 123 ss. è evidenziata, da diverse prospettive, la preoccupante “promiscuità” con la quale – sia in atti amministrativi che giudiziari – i presidi anti-evasione (come, a titolo di esempio, il comma 3 dell'art. 37 del DPR n. 600/1973 oppure il concetto di “esterovestizione”) e quelli anti-abuso/elusione (di matrice “speciale” o “generale”) sono fungibilmente utilizzati rispetto alle medesime fattispecie. Si tratta, osserviamo noi, di un problema “culturale” simile – in una certa misura – a quello che fa chiamare “giudice” anche un magistrato inquirente.

In particolare e come noto, secondo l'Agenzia delle Entrate e (pare) anche la Commissione tributaria, la società era già da considerarsi comunque “esterovestita” (e, pertanto, a tutti gli effetti residente in Italia) in quanto amministrata dall'Italia. A ogni buon conto, la medesima, successivamente alla cessione del marchio, aveva trasferito la propria sede dal Lussemburgo all'Italia; ciò, tuttavia, si legge nella sentenza, non ha “sanato” l'originaria “abusività” dell'operazione perché *“il beneficio fiscale derivante dal trasferimento della proprietà dei marchi dagli stilisti alla D&G Sarl permane anche nella situazione in cui detta entità sia stata fiscalmente residente in Italia”*.

In sintesi, stando alla Commissione, sebbene il trasferimento del marchio ad una società residente in un'altra giurisdizione avesse di per sé prodotto degli indebiti “vantaggi fiscali” (10) – connessi al regime fiscale favorevole ivi vigente –, il venir meno di tali vantaggi a seguito del “rimpatrio” in Italia della società ha lasciato impregiudicati gli altri indebiti “vantaggi fiscali” ottenuti mediante la “riorganizzazione” e, dunque e conseguentemente, la “inopponibilità” del corrispettivo contrattuale all'amministrazione finanziaria e, con essa, il potere di quest'ultima di sostituirlo con il valore normale del bene scambiato.

In terzo luogo, devono essere considerati, gli “indebiti vantaggi fiscali” conseguiti, ossia:

(i) “i compensi a titolo di *royalties* si sono trasformati in dividendi derivandone per gli stessi soci il vantaggio di incassare più dividendi, con minore imposizione fiscale, perché scontata in Lussemburgo” (pag. 9);

(ii) anche a seguito del trasferimento in Italia della residenza fiscale della società G. S.a.r.l. (neo-proprietaria dei marchi) resterebbe intatto un vantaggio fiscale consistente *“nella possibilità di assoggettare all'aliquota prevista per le società (tassazione al 37,25 per cento per l'anno 2004, fra Ires ed Irap) nettamente inferiore rispetto a quello gravante*

(10) Non sfugge, peraltro, che se la società lussemburghese era effettivamente “esterovestita” parlare di “vantaggi fiscali” connessi alla sua residenza fiscale nel Lussemburgo appare un “non senso” posto che quei vantaggi non erano utilizzabili. Insomma, se la residenza estera era simulata, l'Agenzia aveva titolo per contestarle l'omessa presentazione della dichiarazione tributaria in Italia recuperando al prelievo la base imponibile costituita dalle *royalties* incassate a fronte della concessione dell'utilizzo del marchio. Questo è un ulteriore esempio (rispetto a quello segnalato nella nota precedente) della confusione concettuale tra condotte evasive (come la “esterovestizione”) e condotte elusive (conducenti a vantaggi fiscali indebiti) che, purtroppo, continua a riscontrarsi nella giurisprudenza tributaria.

sui redditi delle persone fisiche (45 per cento nell'anno 2004, per solo aliquota Irpef)" (pag. 10);

(iii) *"il reale valore dei marchi non dichiarati al Fisco italiano, essendo restato ancora latente, avrebbe scontato in caso di successiva cessione da parte del soggetto lussemburghese, la propria tassazione sempre in Lussemburgo, con ulteriore ingente vantaggio fiscale"* (pag. 10).

In quarto, ed ultimo luogo, troneggia la mancata adduzione, da parte del contribuente, di *"ragioni economiche valide, rispetto al semplice risparmio d'imposta"* a supporto della esecuzione dell'operazione di riorganizzazione.

Procediamo, quindi, all'esame dei presupposti da ultimo richiamati, tentando di individuare ed analizzare quello che può essere considerato il "nocciolo duro" della "fattispecie abusiva" sottoposta al sindacato dei Giudici milanesi, sgombrando il campo d'indagine, invece, da quegli elementi marginali che paiono davvero privi di attinenza logico-giuridica con la fattispecie esaminata.

2.2. L'evanescente risparmio fiscale costituito dalla "trasformazione delle royalties in dividendi". L'obliterazione della legislazione "CFC" (Controlled Foreign Companies). - Prendendo le mosse proprio da quegli "elementi di contorno" privi, come detto, di rilievo sostanziale ai fini della definizione giuridica della fattispecie, occorre riferirsi agli *"indebiti vantaggi fiscali"* consistenti in ciò che *"i compensi a titolo di royalties si sono trasformati in dividendi derivandone per gli stessi soci il vantaggio di incassare più dividendi, con minore imposizione fiscale, perché scontata in Lussemburgo"* ovvero al fatto che – nella configurazione domestica dell'operazione (derivata dalla "esterovestizione" o dal ri-trasferimento della sede in Italia) – l'assoggettamento delle *royalties* *"all'aliquota prevista per le società (tassazione al 37,25 per cento per l'anno 2004, fra Ires e Irap)"* (è) *nettamente inferiore rispetto a quello gravante sui redditi delle persone fisiche (45 per cento nell'anno 2004, per solo aliquota Irpef)*.

Al riguardo, è lecito mettere in dubbio:

(i) la sussistenza in assoluto di un vantaggio fiscale nella forma descritta nella sentenza: la Commissione non considera infatti che la doppia imposizione economica socio-società (in specie ove la società cessionaria sia "esterovestita" o comunque "ri-trasferita" in Italia) riallinea l'imposizione sui dividendi a quella delle *royalties*;

(ii) il suo carattere indebito (fatto salvo quello che diremo nel prosieguo in merito alla "inutilità" della fattispecie coniata dalla Commis-

sione tributaria provinciale di Milano alla luce degli strumenti predisposti *ad hoc* dal legislatore in relazione a situazioni come quella in esame): la denunciata “trasformazione” è una conseguenza fisiologica del trasferimento (mediante conferimento o vendita) di un bene di primo grado ad una società controllata dal suo proprietario;

(iii) e, da ultimo, la pertinenza di questo “vantaggio fiscale” rispetto alla problematica del rispetto del principio del “valore normale”: in particolare, è indubbio che intanto una condotta può dirsi abusiva (e, dunque, essere dichiarata inopponibile) in ragione del carattere indebito del vantaggio fiscale suo tramite conseguito in quanto – appunto – vi sia un nesso eziologico tra la condotta stessa ed il risparmio in questione; nesso del quale non si vede qui proprio traccia poiché la “trasformazione delle *royalties* in dividendi” è indipendente dall’entità del corrispettivo al quale il relativo marchio sia stato ceduto (11).

La verità – che, sorprendentemente, né l’Agenzia delle Entrate né i Giudici milanesi hanno sfiorato – è che il “reale” risparmio fiscale (indebito) conseguibile con l’operazione al centro delle loro preoccupazioni (nella originaria configurazione transfrontaliera (12)) non è la “trasformazione delle *royalties* in dividendi” ma il cd. “*tax deferral*”, ossia il rinvio *sine die* del prelievo fiscale domestico sul “*passive income*” generato dal marchio trasferito alla società non residente; risparmio che in tutti i paesi avanzati – compresa l’Italia – viene “trattato” con lo strumento *ad hoc* della legislazione sulle *Controlled Foreign Companies* (“CFC”) (13) senza alcun bisogno di ricorrere a complesse (per non dire barocche) architetture interpretative fondate su principi “non scritti” (14).

(11) Detto in parole diverse, anche laddove il corrispettivo ritenuto “inopponibile” venga “rivalutato” al valore normale, la “trasformazione di *royalties* in dividendi” può continuare indisturbata; il che dimostra che tra la condotta ritenuta inopponibile ed il vantaggio fiscale non vi è alcun legame giuridicamente apprezzabile.

(12) Nella configurazione domestica, come risulterà ancor più chiaro da quanto si dirà nel prosieguo del testo, un problema di indebito risparmio fiscale nemmeno esiste trattandosi – a bene vedere – di un tutto sommato banale problema di divergenza (finalizzata all’evasione fiscale) tra forma (cessione a titolo oneroso di un marchio ad una società controllata) e volontà sottostante (apportare/contribuire in conto capitale un marchio “occultando” parte del suo valore normale imponibile *ex art. 9, comma 2 del Tuir*).

(13) Senza alcuna pretesa di completezza, anche per ulteriori riferimenti, P. DE CAPITANI DI VIMERCATE in (*manuale di*) *Diritto Tributario Internazionale*, V. Uckmar, G. Corasaniti, P. De’ Capitani di Vimercate, C. Corrado Oliva, Padova, 2012.

(14) Per quanto riguarda, in particolare, il periodo d’imposta oggetto dell’accertamento, ai sensi del comma 1 dell’art. 3 del DM 21 novembre 2001, il meccanismo d’imputazione per trasparenza delineato all’art. 167 del Tuir (nella versione all’epoca vi-

La considerazione di fondo è dunque la seguente: “a regime”, la disciplina CFC – nella versione vigente all’epoca dei fatti come in quella attuale – consente di “riassorbire” il risparmio fiscale ottenibile da operazioni come quelle dedotte nella sentenza in commento rendendo (a tacer d’altro) inutile la ricerca di rimedi *praeter legem* che (oltre ad essere logicamente “scollegati” dalla fattispecie) non danno alcuna garanzia di certezza in un’area dove essa è, invece, un valore fondamentale.

2.3. Verifica circa l’esistenza di uno “spazio concettuale” occupabile dalla fattispecie tratteggiata dalla sentenza. - Se dunque, come visto, la legislazione “CFC” è in grado di “intercettare” l’effettivo risparmio fiscale (riassumibile nel concetto di “*tax deferral*”) ottenibile dall’intestazione di “comodo” di un cespite produttivo di “*passive income*” ad una società non residente (e pure residente nella Comunità europea (15)), si pone il dilemma se il “rimedio antielusivo” concepito dalla

gente) si rendeva *prima facie* applicabile solo nei confronti delle “*Holding* del ‘29” (tipo societario al quale non pare appartenesse la società cessionaria). Tuttavia, in base al comma 2 del predetto art. 3, le disposizioni del comma 1 si rendevano applicabili “*altresì ai soggetti ed alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell’amministrazione finanziaria dei medesimi Stati*”. Ebbene, sembra difficilmente revocabile in dubbio che in una situazione nella quale le *royalties* erano assoggettate – proprio grazie ad un accordo con l’amministrazione finanziaria lussemburghese - ad un prelievo del 4 per cento, vi erano ampi spazi per invocare la disciplina CFC rispetto alla fattispecie in considerazione.

Secondo, poi, l’attuale formulazione dell’art. 167 cit. (risultante dalla novella introdotta dall’art. 13, comma 1, lett. c) del DL n. 78/2009) – al ricorrere di una situazione analoga a quella trattata dalla sentenza commentata – il comma 8-bis dell’art. 167 cit. consente d’imputare ai soci di ultima istanza della società cessionaria del marchio sia (il reddito costituito da) le *royalties* ad essa corrisposte, sia il reddito derivante dall’eventuale successiva cessione a terzi del marchio stesso. Tale imputazione per competenza (del reddito della società estera ai soci persone fisiche residenti) avverrebbe in via “automatica”, ossia per ciò solo che il marchio sia ceduto ad una società soggetta ad un prelievo inferiore alla metà di quello vigente in Italia (lett. (a) del comma 8-bis dell’art. 167 cit.) e che tale reddito (“*passive income*”) sia generato per più della metà dalla concessione in uso di un “diritto immateriale relativo alla proprietà industriale” (lett. (b) del comma 8-bis dell’art. 167 cit.), addossando sul contribuente l’onere (il cui assolvimento deve avvenire in sede di interpello preventivo) di fornire la prova della sussistenza dell’esimente dettata al comma 8-ter dell’art. 167 del Tuir (La prova, cioè, che “(...) *l’insediamento all’estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*”).

(15) Sui profili di criticità comunitaria della nuova disciplina v. G. INGRAO, *DL anticrisi e “stretta” sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore*, in *Rass. trib.*, 2010, 87 ss.

Commissione tributaria provinciale di Milano (*id est*: sostituzione del corrispettivo contrattuale con il valore normale del bene scambiato) gode di un autonomo “spazio applicativo”.

A tal fine, rivolgiamo lo sguardo sugli altri elementi della fattispecie e, segnatamente:

(i) la “correlazione” tra cedente e acquirente;

(ii) la non-residenza dell’acquirente: al riguardo – per quanto i Giudici milanesi ritengano questo presupposto non necessario (ma in virtù di un ragionamento circa la permanenza di un indebito vantaggio fiscale che si è appena visto non essere tale e, comunque, essere privo di nesso eziologico con l’entità del corrispettivo di cessione del bene produttivo di *royalties*) – esigenze di completezza consigliano di prendere in considerazione entrambi gli scenari;

(iii) il vantaggio fiscale (rispetto al quale il presupposto indicato *sub* (ii) è evidentemente costitutivo (16)) consistente nel mantenere il “maggiore valore” del marchio ad uno stato latente creando le premesse per una sua successiva realizzazione da parte della società estera beneficiando del regime fiscale favorevole vigente nel paese di residenza (a condizione, evidentemente, che esso sia effettivamente il paese di residenza della società stessa e, dunque, la medesima non sia “esterovestita” o “ri-trasferita” in Italia).

In termini riassuntivi, la fattispecie può essere così “isolata”: si tratta della cessione di un bene (ma lo stesso discorso varrebbe per una prestazione di servizi) a un prezzo inferiore al suo valore normale – condotta al di fuori di un’attività d’impresa ma ciò non di meno fiscalmente rilevante – a favore di un soggetto societario (residente o non residente) “correlato” al venditore; cessione tramite la quale è astrattamente possibile conseguire il vantaggio fiscale costituito essenzialmente dallo “spostamento” del valore latente del bene stesso in capo ad un soggetto in grado di “realizzare” il suddetto valore latente attraendo un prelievo fiscale inferiore a quello che si sarebbe reso applicabile in capo all’originario venditore.

(16) Il che dimostra che in realtà la “esterovestizione” o, comunque, il trasferimento in Italia della sede della società acquirente “annulla” l’unico – reale – vantaggio fiscale dell’operazione in quanto la “latenza” del maggior valore del bene ceduto in capo ad una società residente determina non già un salto d’imposta nel caso del suo realizzo (come sarebbe accaduto ove la società in questione fosse stata effettivamente residente in Lussemburgo o non avesse successivamente trasferito la propria sede in Italia) ma, se del caso, un suo rinvio.

Se quello appena descritto è il “caso” sollevato dalla sentenza in esame, appare doveroso risolvere i seguenti interrogativi:

- (i) se una simile condotta possa effettivamente dirsi “abusiva”;
- (ii) se la “inopponibilità” del corrispettivo contrattuale rappresenti il corretto “rimedio” applicabile alla fattispecie.

2.4. La natura – anti-abusiva o meno – della disciplina in tema di transfer pricing. - 2.4.1. Premessa. - Prima di procedere all’esame dei punti sopra individuati, occorre risolvere una questione ad essi pregiudiziale ovvero se la disciplina in materia di *transfer pricing* (17) (dettata, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, dall’art. 110, comma 7 del Tuir) sia o meno sorretta da una *ratio* anti-abuso. A seconda della soluzione fornita a tale quesito possono profilarsi i seguenti due scenari:

(A) Se all’art. 110, comma 7, del Tuir si riconosce la natura di disposizione antielusiva, non v’è dubbio che la disciplina sul *transfer pricing* avrebbe una capacità espansiva tale da rendersi astrattamente applicabile anche al di là dei presupposti (oggettivi e soggettivi) da essa stabiliti (18). In base a questa impostazione, la predetta proposizione normativa, quale norma antielusiva, sarebbe il “sintomo” dell’esistenza di un principio generale anti-elusivo che, come tale, si renderebbe potenzialmente invocabile prescindendo dal perimetro applicativo dettato da

(17) Per i più recenti approfondimenti in materia di *transfer pricing*: G. ZIZZO, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2012; V. UCKMAR, (*Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, in V. Uckmar, G. Corasaniti, P. De’ Capitani di Vimercate, C. Corrado Oliva, Padova, 2012; L. TOSI-R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2011. Si vedano, anche, le puntuali osservazioni di F. PEDROTTI, *Il non condivisibile utilizzo dell’art. 37-bis del DPR 29 settembre 1973, n. 600 e del principio giurisprudenziale di divieto di abuso del diritto al fine di contrastarne una presunta violazione in materia di “prezzi di trasferimento”*, in questa Rivista, 5, V, 2012, 24 ss.

(18) Se, difatti, ci si attiene alla dottrina della Corte di cassazione in tema di clausola generale anti-abuso, “*la sopravvenienza nell’ordinamento di specifiche norme antielusive, come (...) (l’)art. 37 bis, non è quindi fondativa di per sé – secondo le suddette pronunzie (Cass. nn. 30055, e 30057/2008, n.d.r.), che il collegio pienamente condivide – del principio generale anti-elusivo, giacché esse rappresentano, anzi, mero sintomo dell’esistenza di una regola generale (Cass. n. 8772/2008); regola che, peraltro, non può ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria, derivante dall’art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell’ordinamento tributario non si traduce nell’imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non previsti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l’obbligazione tributaria*” (così Cass. n. 12042/2009).

tale proposizione normativa, ivi compreso quello derivante dal suo presupposto soggettivo (l'essere il soggetto che compie l'operazione un'impresa) ed oggettivo (l'essere l'altro soggetto che compie l'operazione non residente nel territorio dello Stato).

(B) Se, invece, alla norma in questione non si dovesse riconoscere una portata antielusiva, essa si renderebbe rigidamente applicabile solo in presenza di tutti i requisiti da essa previsti. Non solo. Una tale conclusione avrebbe una valenza interpretativa anche rispetto alla questione che affronteremo di seguito, riguardante la natura o meno abusiva della fattispecie tratteggiata dalla sentenza in esame. Ci sembra difatti innegabile che se la specifica condotta presa in considerazione dall'art. 110, comma 7 del Tuir non ha carattere elusivo, parrebbe irragionevole considerare tali (ovvero elusive) le sue varianti quale è indubitabilmente quella al centro della sentenza in commento.

Ebbene, a favore dell'una e dell'altra tesi militano due contrapposte impostazioni: l'una, sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione – nettamente a favore di una lettura in chiave anti-elusiva della disciplina sul *transfer pricing* –; l'altra, avallata sia dall'Ocse, che rigetta esplicitamente tale connotazione, che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

2.4.2. La posizione della Corte di cassazione. - Per quanto attiene alla prima impostazione, si deve fare rinvio alla recentissima sentenza n. 11949/2012 (19), la cui conclusione è nel senso che la disciplina sul

(19) Laddove, in particolare, è svolto il ragionamento qui di seguito riportato: – “La ratio della disposizione in oggetto è del tutto evidente. La norma succitata costituisce, difatti, una deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale (DPR n. 917/1986, art. 109). Nelle ipotesi in cui tali corrispettivi risultano scarsamente attendibili e possono essere manipolati in danno del Fisco italiano, come nel caso degli scambi transnazionali tra soggetti i cui processi decisionali sono condizionati, poiché funzionali ad un unitario centro di interessi, i corrispettivi medesimi sono – per vero – sostituiti, per volontà di legge, dal “valore normale” dei beni o dei servizi oggetto dello scambio, qualora tale sostituzione ricada, in concreto, a vantaggio del Fisco italiano. Sotto il profilo in esame, dunque, può dirsi che la previsione in parola completi il catalogo delle garanzie offerte dalla legislazione a favore dell'Erario, con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il corrispettivo pattuito – data la sostanziale unicità del soggetto economico, trattandosi di rapporti commerciali tra articolazioni dello stesso gruppo – può non riflettere il reale valore dei beni e dei servizi scambiati. La disposizione di cui al DPR n. 917/1986, art. 110, comma 7, pertanto, in presenza di norme specificamente dirette ad impedire il dirottamento di flussi reddituali, ad esempio

transfer pricing non opera “automaticamente”, dovendo – a tal fine – la manovra sui prezzi di trasferimento condurre all’ottenimento di un vantaggio fiscale all’interno del gruppo che lo pratica. Così, ove la società controllante o controllata che si renda acquirente del bene a un prezzo inferiore al suo valore normale non abbia beneficiato di una tassazione di favore (20) *vis à vis* quella della società controllata o controllante che lo ha ceduto, viene a mancare l’arbitraggio fiscale che, sempre secondo l’impostazione della Corte, rende il prezzo di trasferimento abusivo; arbitraggio la cui esistenza, si rimarca nelle sentenze sopra citate, costituisce oggetto di una prova interamente a carico dell’amministrazione finanziaria.

Si noti che dell’esistenza di questa condizione – l’ottenimento di un risparmio fiscale – non vi è traccia né nella normativa domestica né in quella internazionale; né vi è traccia di alcun meccanismo che dia rilevanza – in un’ottica da “abuso del diritto” – alla prova da parte del contribuente che l’eventuale risparmio fiscale non sia indebito. Costui, infatti, può e/o deve (preventivamente o in seguito all’accertamento) solo dimostrare che quelli applicati all’interno del gruppo multinazionale sono effettivamente i prezzi di libera concorrenza. Del pari, la normativa in questione nemmeno dà rilevanza al livello di tassazione vigente nello Stato di residenza della società controllante/controllata o collegata, prescindendone completamente.

verso Paesi a fiscalità agevolata (art. 110, commi 10, 11 e 12, DPR n. 917/1986, artt. 167 e 168), mediante condotte “simulatorie” danti luogo a fenomeni di tipo “evasivo”, ha la finalità ulteriore di evitare che, mediante fenomeni non simulatori come l’alterazione del prezzo di trasferimento, l’Erario italiano abbia a subire comunque un concreto pregiudizio. In altri termini, l’applicazione delle norme sul transfer pricing non combatte l’occultamento del corrispettivo, costituente una forma di evasione, ma le manovre che incidono sul corrispettivo palese, consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all’altro, sì da influire in concreto sul regime dell’imposizione fiscale. Per tali essenziali connotazioni, pertanto, deve ritenersi che tale disciplina costituisca – secondo l’interpretazione più diffusa anche nella giurisprudenza di questa Corte – una clausola antielusiva, in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto, finalizzata ad evitare che all’interno del gruppo di società vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l’applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all’imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori (cfr. Cass. nn. 22023/2006, 11226/2007, o comunque a favore di situazioni che rendano fiscalmente conveniente l’imputazione di utili ad articolazioni del gruppo diverse da quelle nazionali”).

(20) In virtù del livello di tassazione applicato nella giurisdizione di residenza oppure di circostanze attinenti alla determinazione della propria base imponibile (come il riporto in avanti di perdite pregresse).

2.4.3. L'impostazione "internazionale". - L'impostazione che abbiamo chiamato "internazionale" è enunciata nelle *Linee-guida Ocse sulla determinazione dei prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e per le amministrazioni finanziarie (1995-2010)* dove si puntualizza che il valore normale – quale criterio informatore nella fissazione dei prezzi applicati alle transazioni internazionali tra parti correlate – è stato scelto per perseguire una duplice finalità: da un lato, garantire che a ciascuno Stato sia riconosciuta la "corretta base imponibile" sulla quale esercitare la propria giurisdizione fiscale ("... *securing the appropriate tax base in each jurisdiction ...*") e, dall'altro, evitare la doppia imposizione internazionale, sì da prevenire conflitti tra le amministrazioni finanziarie degli Stati membri e promuovere il commercio e gli investimenti internazionali (21). Quanto precede è tanto vero che il principio del valore normale trova riconoscimento proprio nell'art. 9 del Modello Ocse di convenzione contro le doppie imposizioni (22), la cui funzione primaria è appunto quella di coordinare le concorrenti potestà fiscali degli Stati rispetto alle fattispecie con elementi di estraneità al fine di evitare la doppia imposizione internazionale (23).

In merito poi al possibile ruolo "anti-abuso" dell'art. 9 del Modello e della legislazione sul *transfer pricing* in generale, le Linee-guida puntualizzano testualmente: – "*It is important to bear in mind that the need to make adjustments to approximate arm's length transactions arises ir-*

(21) Cfr. il punto 7 della Prefazione delle "*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (1995-2010)*".

(22) "*Where an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly*".

(23) Cfr. al riguardo il par. 1.3 delle Linee-guida dove si chiarisce quanto segue: – "*When transfer pricing does not reflect market forces and the arm's length principle, the tax liabilities of the associate enterprises and the tax revenues of the host countries could be distorted. Therefore, OECD member countries have agreed that for tax purposes the profits of associated enterprises may be adjusted as necessary to correct any such distortions and thereby ensure that the arm's length principle is satisfied. OECD member countries consider that an appropriate adjustment is achieved by establishing the conditions of the commercial and financial relations that they would expect to find between independent enterprises in comparable transactions under comparable circumstances*".

respective of any contractual obligation undertaken by the parties to pay a particular price or of any intention of the parties to minimize tax. Thus, a tax adjustment under the arm's length principle would not affect the underlying contractual obligations for non-tax purposes between the comparable associated enterprises, and may be appropriate even where there is no intention to minimize or avoid tax. The consideration of transfer pricing should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes" (24).

Secondo quest'approccio, le manovre sui prezzi di trasferimento applicati nelle operazioni fra parti correlate devono pertanto essere allineati al valore normale, non già perché tali "manovre" possano consentire il conseguimento di un indebito risparmio fiscale (sebbene non è escluso che il risparmio medesimo sia in tal modo in effetti ottenibile), ma in quanto simili manovre distorcono la corretta allocazione tra gli Stati delle basi imponibili generate nella dimensione transfrontaliera vanificando l'operatività dei vari criteri (della residenza e della fonte) applicabili in ragione della natura del reddito che viene in considerazione.

Vuol dire che, diversamente dall'impostazione accolta dalla Corte di cassazione, la fissazione dei prezzi di trasferimento deve conformarsi al "valore normale", indipendentemente da ogni indagine e/o valutazione in merito alla convenienza fiscale delle politiche sottostanti e, quindi, alla esistenza di un arbitraggio.

In sintesi, per l'impostazione "internazionale", il "valore normale" si impone (i) quale che sia il livello di tassazione effettiva nello Stato di residenza della parte correlata e (ii) indipendentemente dal fatto che l'impresa multinazionale consegua o meno un beneficio (*id est*: risparmio fiscale) dalle proprie politiche di determinazione dei prezzi infragruppo.

Questa lettura della funzione delle norme sul *transfer pricing* è fedelmente accolta anche dall'Agenzia delle Entrate (25).

(24) *Idem* par. 1.2.

(25) Tra i molti riferimenti può essere richiamato il Bollettino del *ruling* di *standard* internazionale pubblicato in relazione alla omonima procedura istituita dall'art. 8 del DL n. 269/2003 (convertito con modificazioni nella legge n. 326/2003) ed attuato con Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004. In tale documento si legge che "la *ratio*, sia dell'art. 110, comma 7, del Tuir che del predetto art. 9 del Modello Ocse, consiste nell'individuare un criterio generale di corretta ripartizione della base imponibile delle imprese multinazionali tra i vari Stati in cui le stesse operano, al fine di tutelare l'integrità del prelievo tributario degli Stati coinvolti nelle transazioni poste in essere ed evitare la doppia imposizione". Quanto precede vale anche per i

Si noti che la Corte di cassazione non pare, per la verità, consapevole della contrapposizione esistente tra la propria interpretazione e quella “internazionale”, dal momento che essa – pur richiamandosi alle Linee-guida Ocse – non accenna tuttavia minimamente a tale diversità di impostazione.

2.4.4. Le indicazioni ritraibili dal diritto comunitario. - Si è poc’anzi visto come la Corte di cassazione, a sostegno della connotazione (anti-elusiva) da essa attribuita alla normativa di contrasto alle pratiche di *transfer pricing*, affermi come detta qualificazione sarebbe “*in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto*” (26). Sennonché il tema del rapporto tra diritto comunitario e le discipline sul *transfer pricing*, oltre ad essere ben più articolato di quanto appare dalla giurisprudenza della nostra Corte di legittimità, non fornisce indicazioni univoche in tal senso.

Innanzitutto, il “Codice di condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell’Unione europea”, adottato con Risoluzione del Consiglio del 27 giugno 2006, oltre a non contenere alcun accenno ad una possibile valenza anti-abusiva delle proposizioni normative in tema di *transfer pricing*, stabilisce espressamente che “*la documentazione dei prezzi di trasferimento nell’Unione europea deve rientrare nel quadro delle direttive Ocse sui prezzi di trasferimento*”, così uniformandosi alle impostazioni elaborate in siffatto contesto.

Ma ancor più indicativo è il contributo dato dalla Corte di Giustizia.

Nella fondamentale sentenza resa nel caso *SGI* (27), la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto di stabilimento di una normativa vigente in Belgio che prevedeva la tassazione in capo alle società residenti del valore dei “benefici straordinari o senza contropartita” da

documenti di prassi – in particolare la Circolare 58/E del 2010 – emanati all’indomani della introduzione del comma 2-ter all’art. 1 del D.Lgs. n. 471/1997 concernente la disapplicazione della sanzione per infedele dichiarazione laddove “... il contribuente consegna all’amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati”.

(26) Vedi la sentenza n. 11949/2012 di cui si è riportato poco sopra nel testo un ampio stralcio.

(27) Caso C-311/08 per il cui commento si può vedere P. BAKER, *Transfer Pricing and Community Law: The SGI Case*, in *Intertax*, 4, 2010, 194 ss.; T. O’SHEA, *ECJ Upholds Belgian Transfer Pricing Regime*, in *Tax Analysts*, 2010.

esse concessi a società collegate, direttamente o indirettamente, da vincoli d'interdipendenza.

Secondo la normativa in questione tale recupero era escluso qualora il beneficio fosse preso in considerazione nella determinazione dei redditi imponibili della società beneficiaria.

L'esclusione – ed è questo il profilo restrittivo individuato dalla Corte (28) – operava, tuttavia, solo se il beneficio era concesso a un'altra società residente; se, infatti, la società percipiente aveva la sede in un altro Stato membro, il valore del beneficio stesso era comunque tassato in capo alla società erogante indipendentemente dal fatto che il medesimo scontasse o meno il prelievo in capo alla società percipiente nel proprio Stato di residenza (29).

La Corte ha ritenuto (30) che la restrizione in discorso fosse peraltro “giustificata” dalla simultanea operatività di due “esigenze di superiore interesse pubblico” (cd. *overriding reasons in the public interest*) (31), e vale a dire:

(28) Cfr. i punti 42 e 43: “(par. 42) *Nella fattispecie è pacifico che, in forza della normativa di cui trattasi nella causa principale, i benefici straordinari o senza contropartita concessi da una società residente ad una società collegata a quest'ultima da un vincolo d'interdipendenza vengono aggiunti agli utili propri di questa prima società solo se la società beneficiaria è stabilita in un altro Stato membro. Invece, una società residente non è assoggettata a imposizione su un beneficio siffatto qualora quest'ultimo venga concesso ad un'altra società residente rispetto alla quale esiste un tale vincolo, purché detto beneficio sia considerato per determinare i redditi imponibili di quest'ultima.* (par. 43) *Ne consegue che la situazione fiscale di una società residente in Belgio che concede, come la SGI, benefici straordinari o senza contropartita a società collegate a quest'ultima da un vincolo d'interdipendenza e stabilite in altri Stati membri, è meno favorevole di quella di cui godrebbe tale società se essa concedesse benefici siffatti a società residenti ad essa collegate.*”

(29) Nella specie, la S.A. Société de Gestion Industrielle (SGI) aveva concesso un prestito infruttifero alla società francese Recydem nella quale deteneva una partecipazione del 65 per cento facendo altresì parte del suo consiglio di amministrazione. Il Fisco belga, in base all'art. 26 del *Code des impôts sur les revenus* 1992 (“CIR 92”) aveva aggiunto all'utile della SGI una somma pari agli interessi calcolati al tasso annuo del 5 per cento teoricamente maturati sul predetto prestito infruttifero.

(30) La decisione è conforme al precedente reso nel caso *Oy AA* (caso C-231/05) nel quale la Corte aveva ritenuto giustificata negli stessi termini (ripartizione equilibrata del potere impositivo e contrasto all'elusione fiscale) la restrizione al diritto di stabilimento arrecata dalla normativa finlandese laddove prevedeva che una consociata residente poteva dedurre dai propri redditi imponibili un trasferimento finanziario intra-gruppo da essa effettuato a favore della società madre soltanto qualora quest'ultima avesse sede nello stesso Stato membro.

(31) La teoria delle cause di giustificazione non previste dal Trattato è come noto

(i) assicurare la ripartizione equilibrata del potere impositivo degli Stati membri (32) e

(ii) prevenire l'elusione fiscale (33).

Di primo acchito, si potrebbe dunque pensare che la Corte di Giustizia ravvisi nelle discipline sul *transfer pricing* – al cui *genus* essa stessa riconduce la normativa belga sopra descritta – una duplice funzione (ripartizione del potere impositivo ed antielusiva) e, dunque, che la sua giurisprudenza possa tutto sommato essere vista come una conferma della correttezza di entrambe le tesi in questione (quella “antielusiva” propugnata dalla Corte di cassazione e quella “internazionale” dell'Ocse).

Occorre, tuttavia, tenere conto di alcuni dati.

La normativa nazionale aveva come principale obbiettivo, non tanto le pratiche di *transfer pricing*, quanto i cd. “comportamenti antieconomici” (essa parla di benefici concessi “*al di fuori del normale ordine delle cose o dell'uso abituale o di ciò che è consueto in casi simili*” o “*senza un corrispondente obbligo o senza contropartita*” (34)).

sintetizzata nel par. 39 della sentenza *Gebhard* (caso C-55/94): “... i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”.

(32) SGI, cit., par. 60. La Corte, al par. 63, precisa come “il fatto di consentire alle società residenti di trasferire i loro utili sotto forma di benefici straordinari o senza contropartita a società collegate a queste ultime da un vincolo d'interdipendenza e stabilite in altri Stati membri rischierebbe di compromettere una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri. Ciò potrebbe pregiudicare il sistema stesso della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, poiché, a seconda della scelta operata dalle società collegate da vincoli d'interdipendenza, lo Stato membro della società che concede benefici straordinari o senza contropartita sarebbe costretto a rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta, in quanto Stato di residenza di tale società, i redditi di quest'ultima, a vantaggio, eventualmente, dello Stato membro in cui ha sede la società beneficiaria”.

(33) Id., par. 65. Al riguardo, al par. 67, la Corte sottolinea che “il fatto di consentire alle società residenti di concedere benefici straordinari o senza contropartita a società collegate a queste ultime da un vincolo d'interdipendenza e stabilite in altri Stati membri, senza prevedere alcuna misura fiscale correttiva, implica il rischio che, tramite costruzioni di puro artificio, vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati”.

(34) V. il par. 9 delle Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, disponibili in http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=IT&text=&part=1&docid=77945&cid=749468).

Lo prova, in particolare e fra l'altro, la circostanza che il "valore" del beneficio concesso non era recuperato a tassazione in capo alla società erogante laddove il medesimo fosse incluso nella base imponibile della società beneficiaria; quando sappiamo che, invece, i dispositivi in tema di *transfer pricing* – come lo stesso comma 7 dell'art. 110 del Tuir – non prevedono la presa in considerazione dello "*status*" fiscale del soggetto beneficiario del trasferimento, operando in modo obbiettivo ed indipendentemente dal "delta impositivo" che l'impresa multinazionale può ottenere a livello di consolidato transnazionale.

La verità, allora, è che la norma belga era essa stessa assistita da una funzione antielusiva che travalicava l'esigenza di evitare una distorsione dell'allocatione dei poteri impositivi tra gli Stati (35); onde si spiega l'ingresso, nel ragionamento della Corte, della "causa di giustificazione" della necessità di combattere l'elusione fiscale.

Peraltro, la rilevanza di siffatta causa di giustificazione è ulteriormente limitata da una serie di fattori che si passano subito a esaminare.

In primo luogo, la sentenza precisa opportunamente:

(i) da un lato, "*che una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è giustificabile se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a eludere l'applicazione della normativa dello Stato membro interessato*" (36), e

(ii) dall'altro, che "*una legislazione nazionale che non è specificamente diretta ad escludere dal vantaggio fiscale che essa prevede siffatte costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e create allo scopo di eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale, può tuttavia considerarsi giustificata dall'obiettivo di prevenire l'elusione fiscale considerato congiuntamente a quello della tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri*" (37).

Ebbene, la Corte – non riscontrando evidentemente nella norma belga la sussistenza di una misura nazionale concernente "*specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a eludere l'applicazione della normativa dello Stato membro interessato*" – classifica la fattispecie in esame nella seconda categoria *sub* (ii); talché – diversamente da quanto è accaduto rispetto ad altre tipologie di restrizioni che la Corte ha rite-

(35) In altre parole, essa non è una norma sul *transfer pricing* "pura" avendo anche una "ulteriore" funzione.

(36) *SGI*, par. 65.

(37) *Id.*, par. 66.

nuto autonomamente giustificate dall'esigenze di combattere l'elusione fiscale (38) –, nel caso di specie, la restrizione è giustificata solo se (accanto alla lotta all'elusione fiscale) ricorre anche l'esigenza di garantire la corretta distribuzione del potere impositivo tra gli Stati.

In secondo luogo, l'esigenza di combattere l'elusione fiscale non sembra potersi opporre rispetto a qualsiasi normativa in tema di *transfer pricing* o, altrimenti detto, alle normative di *transfer pricing* “puro” che, cioè, si applicano indipendentemente dalla verifica dello “*status*” fiscale del soggetto non residente che benefici del trasferimento e, in ultima analisi, della stessa sussistenza di un arbitraggio fiscale.

Vediamo perché.

La Corte, premesso che il “rischio elusione” non deriva dal *transfer pricing* in sé e per sé considerato, quanto “*dal fatto che, tramite costruzioni di puro artificio, vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati (v., in tal senso, citata sentenza Oy AA, punto 58)*” (39), perviene alla conclusione che la “*normativa di cui trattasi nella causa principale, prevedendo l'imposizione su un beneficio straordinario o senza contropartita in capo alla società residente che lo ha concesso (40) ad una società stabilita in un altro Stato membro, è idonea a prevenire siffatte pratiche, che possono essere suggerite dalla constatazione di scarti sensibili tra le basi imponibili o le aliquote d'imposta applicate nei diversi Stati membri, le quali non avrebbero uno scopo diverso da quello di eludere l'imposta normalmente dovuta nello Stato membro in cui ha sede la società che ha concesso detto vantaggio (v., in tal senso, citata sentenza Oy AA, punto 59).*”

Passando poi all'esame della proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito (41), la Corte osserva che “*una normativa nazio-*

(38) Si pensi alla sentenza *Cadbury Schweppes* (caso C-196/04) dove la restrizione al diritto di stabilimento causata dalla normativa CFC vigente nel Regno Unito (par. 46) è stata considerata autonomamente giustificata dall'esigenza di contrastare “*costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta*” (par. 55 ss.).

(39) SGI, par. 67.

(40) Id., par. 68.

(41) Si ricordi che, secondo la “regola Gebhard” (espressa nel già richiamato par. 39 della sentenza *Gebhard*, caso C-55/94), la misura nazionale restrittiva deve superare quattro test:

(i) non deve essere discriminatoria;

nale che si fonda su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali va considerata come non eccedente quanto necessario per raggiungere gli obiettivi relativi alla necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e a quella di prevenire l'elusione fiscale quando, in primo luogo, in tutti i casi in cui esiste il sospetto che una transazione ecceda ciò che le società interessate avrebbero convenuto in un regime di piena concorrenza, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione sia stata conclusa" (42) e "in secondo luogo, qualora la verifica di siffatti elementi porti alla conclusione che la transazione di cui trattasi eccede quanto le società interessate avrebbero convenuto in un regime di piena concorrenza, la misura fiscale correttiva deve limitarsi alla frazione che supera ciò che sarebbe stato convenuto in mancanza di una situazione d'interdipendenza tra queste ultime" (43).

I corollari che si possono trarre dalla sentenza sembrano dunque così riassumibili:

(i) la Corte ritiene che una disciplina nazionale sui prezzi di trasferimento che si applichi solo qualora la società legata da vincoli di interdipendenza sia non residente (44) costituisca di per sé una restrizione al diritto di stabilimento (onde può sicuramente concludersi che il comma 7 dell'art. 110 del Tuir, poiché si applica solo nelle operazioni transfrontaliere, rappresenta un ostacolo al diritto di stabilimento);

(ii) tuttavia, una tale normativa (e quindi anche il predetto art. 110, comma 7) è giustificata da due esigenze imperative di pubblico interesse che debbono ricorrere simultaneamente: assicurare una corretta allocazione dei poteri impositivi degli Stati e combattere l'elusione fiscale;

(ii) deve perseguire esigenze imperative di pubblico interesse;

(iii) deve essere idonea a consentire il soddisfacimento di tali esigenze;

(iv) non deve andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento delle esigenze stesse (proporzionalità).

(42) SGI, par. 71.

(43) Id., par. 72.

(44) È noto difatti che la restrizione alla libertà fondamentale è una conseguenza del fatto che un certo regime (sfavorevole) è applicato solo alle fattispecie con elementi di estraneità. Se il regime del *transfer pricing* fosse applicato anche "internamente" non vi potrebbe, in linea di principio, essere restrizione. Ad oggi, risultano solamente due casi nei quali la Corte ha giudicato restrittiva una misura "*even handed*", ovvero che si applicava negli stessi termini alla fattispecie interna ed a quella con elementi di estraneità: si tratta delle sentenze *Bosman* (Caso C-415/93) e *Truck Center* (Caso C-282/07).

(iii) la prima esigenza è connaturata alle discipline sul *transfer pricing* le quali possono ritenersi sempre adeguate e proporzionate alla sua soddisfazione;

(iv) la seconda esigenza ricorre invece solamente laddove “*tramite costruzioni di puro artificio, vengano organizzati trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati*”;

(v) pertanto, in difetto di un tale requisito (“*trasferimenti di redditi in seno a società collegate in direzione di quelle stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote di tassazione più basse o negli Stati membri in cui tali redditi non sarebbero affatto tassati*”), la restrizione al diritto di stabilimento determinata dall’aggiustamento dei prezzi di trasferimento dovrebbe ritenersi non proporzionata rispetto alla soddisfazione dell’esigenza di combattere l’elusione fiscale (45);

(vi) poiché le cause di giustificazione debbono ricorrere simultaneamente, si deve concludere che – fuori dalle ipotesi individuate al punto *sub* (iv) – l’aggiustamento dei prezzi di trasferimento (a meno che esso

(45) Il difetto di proporzionalità dovendosi individuare in ciò che la norma – colpendo anche situazioni nelle quali non viene in gioco una condotta elusiva – “va oltre ciò che è necessario” per la soddisfazione dell’esigenza sottesa alla causa di giustificazione invocata” (*id est*: combattere l’elusione fiscale). È la stessa logica che ritroviamo, ad esempio, nella decisione in *Marks & Spencer* (caso C-446/03) dove la Corte al par. 53, dopo aver affermato (i) che le norme in tema di consolidato fiscale vigenti nel Regno Unito costituivano una restrizione del diritto di stabilimento in quanto ammettevano la presa in considerazione delle sole perdite sofferte dalle società controllate residenti (par. 34) e (ii) che tale restrizione poteva nondimeno ritenersi giustificata al ricorrere di tre esigenze imperative di pubblico interesse da considerarsi assieme (par. 51) ed ossia l’esigenza di salvaguardare un’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati membri interessati, l’esigenza di prevenire il rischio che le perdite siano prese in considerazione due volte e l’esigenza di evitare il rischio di elusione fiscale (par. 43), ha valutato la proporzionalità della misura restrittiva in questione *vis a vis* le suddette esigenze giungendo alla conclusione che essa (proporzionalità) sussisterebbe in tutte le ipotesi fatto salvo quelle ove risulti che le perdite delle società non residenti siano “finali” (par. 58) perché “*la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l’esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti, eventualmente mediante un trasferimento di tali perdite ad un terzo, oppure l’imputazione delle dette perdite ai profitti realizzati dalla controllata durante gli esercizi precedenti, e le perdite della controllata estera non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest’ultimo della controllata*”.

non operi anche nella dimensione domestica (46)) dovrebbe ritenersi incompatibile con il Trattato (47).

Tornando adesso alla nostra indagine, ci pare di poter affermare che secondo la Corte di Giustizia le normative in tema di *transfer pricing* hanno, in generale, la funzione di assicurare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo e che l'esigenza di contrastare l'elusione fiscale sia invocabile solo dinanzi a situazioni dove vi siano "*costruzioni di puro artificio*" tramite le quali sono sfruttati i differenziali di aliquote tra gli Stati di residenza delle società legate da vincolo di interdipendenza.

Per quanto riguarda, dunque, le normative in tema di *transfer pricing* "puro" – normative cioè che, modellate sull'art. 9 del Modello Ocse, prescindono dalla circostanza che le politiche di fissazione dei prezzi di trasferimento siano funzionali o meno ad un arbitraggio fiscale –, non sembrano esserci dubbi che la funzione riconosciutegli anche dalla Corte di Giustizia sia quella di garantire la corretta ripartizione del potere impositivo tra gli Stati; il che ci pare suoni come una conferma della correttezza di fondo della impostazione "internazionale" desumibile dai lavori dell'Ocse medesimo.

2.4.5. La coerenza sistematica dell'impostazione "internazionale". -

A nostro avviso, la tesi "internazionale" è da preferire; e ciò non solo per l'autorevolezza della sua fonte in questa specifica materia, quanto perché essa consente di fornire una più convincente giustificazione della disciplina sul *transfer pricing* di quella ricavabile facendo affidamento su una sua presunta funzione anti-elusiva.

Ove difatti si segua questa seconda strada, si finisce per non riuscire a spiegare la radicale differenza strutturale esistente tra il comma 7 dell'art. 110 del Tuir (e lo stesso art. 9 del Modello Ocse al quale esso si informa) ed altri dispositivi espressamente congegnati per ricondurre alla giurisdizione nazionale redditi "trasferiti" all'estero e, per questo, dotati di una giustificazione anti-elusiva ben più evidente.

(46) A meno che, cioè e come appena detto, l'aggiustamento si applichi anche al "*transfer pricing* interno".

(47) L'impostazione della Corte di cassazione, per quanto a nostro avviso non supportata dal tenore dell'art. 110 comma 7 del Tuir ed estranea alla logica stessa del *transfer pricing* elaborata a livello internazionale, presenta un indubbio "lato positivo" in quanto sottrae tale proposizione normativa al rischio che sia dichiarata incompatibile con il diritto di stabilimento. La circostanza, infatti, che essa si renda applicabile solo alle fattispecie nelle quali sussiste un arbitraggio fiscale la fa ricadere a pieno titolo sotto l' "ombrello protettivo" delineato dalla sentenza *GSI*.

Il pensiero corre, ad esempio, alla disciplina “CFC” sulla quale ci siamo già soffermati: mentre la *ratio* anti-abuso di quest’ultimo *corpus* normativo trova evidente testimonianza nei due pilastri sui quali esso poggia – l’indebito vantaggio fiscale rappresentato dal “*tax deferral*”, da un lato, e la esimente delle valide ragioni economiche, dall’altro –, il *transfer pricing* (secondo la lettera dell’art. 9 del modello Ocse e dell’art. 110, comma 7, del Tuir) opera in modo obbiettivo, imponendo la “valutazione fiscale” dei corrispettivi al valore normale indipendentemente da ogni indagine che esuli dall’apprezzamento delle dinamiche di mercato che “determinano” quel valore normale.

2.5. Operazioni tra parti correlate e corrispettivi inferiori al valore normale: elusione o evasione? - 2.5.1. Premessa. - L’approdo al quale siamo appena pervenuti è nel senso che la normativa sul *transfer pricing* non è sorretta da una *ratio* antielusiva: essa trova la propria collocazione sistematica tra i meccanismi di ripartizione tra gli Stati delle rispettive giurisdizioni fiscali e, come tale, la sua applicazione non richiede la sussistenza di un arbitraggio fiscale.

Se – e ripetiamo “se” – tale conclusione è corretta, si avrà che l’art. 110, comma 7, del Tuir non può interpretarsi come il “sintomo” dell’esistenza di un principio generale anti-abuso suscettibile di un’applicazione che prescindia dai confini positivamente impostigli e, in specie, in una dimensione interna (*id est*: non internazionale) oppure in difetto dei requisiti soggettivi da esso stabiliti (48). Detto in altre parole, ove fosse esatto che la proposizione normativa in commento sia effettivamente priva di connotazioni enti-elusive, vi sarebbe l’obiettivo difficoltà di teorizzare – come sembra invece aver fatto, più o meno consapevolmente, l’Agenzia delle Entrate nel caso in esame – che le transazioni tra parti correlate entrambe residenti nel territorio dello Stato oppure condotte da soggetti non operanti in regime d’impresa siano abusive ove i corrispettivi patuiti siano inferiori al valore normale dei beni e servizi scambiati.

D’altra parte, si trattasse di norma antielusiva, si renderebbe applicabile il comma 8 dell’art. 37-bis del DPR n. 600/1973 e, dunque, sarebbe possibile ottenere la sua “disapplicazione” per il tramite della relativa procedura di interpello. Una simile eventualità, tuttavia, dovrebbe essere (con difficoltà, a nostro avviso, non secondarie) coordinata con la già citata disciplina introdotta al comma 2-ter dell’art. 1 del D.Lgs. n.

(48) Cfr. il par. 2.4.1. per l’impostazione del problema trattato nel testo.

471/1997 e, in particolare, con la causa di esclusione della punibilità invocabile dal contribuente il quale, in sede di verifica/accertamento sui prezzi di trasferimento, produca la documentazione (“documento nazionale” o “*master file*”, secondo i casi) – così come prevista dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate all’uopo emanato – idonea a consentire il “*riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati*”.

In definitiva, anche volendo tralasciare le indicazioni provenienti dalla prassi internazionale e dalla giurisprudenza comunitaria, sembra innegabile che l’assegnazione di una valenza anti-elusiva al *transfer pricing* sia difficoltosa anche alla luce dei dati rivenienti dal diritto interno.

Impostata in questi termini la questione – e sempre assumendo che tale impostazione sia meritevole di qualche considerazione –, ci interessa adesso interrogarci (e lo faremo nel successivo paragrafo) se il riferimento al valore normale nelle operazioni tra parti correlate sia ordinato da dispositivi normativi, da un lato, diversi dall’art. 110, comma 7, citato e, dall’altro, non sorretti per certo da *rationes* antielusive.

Ci riferiamo ai “dispositivi” “interni” al “sistema” delle categorie reddituali; ai dispositivi, cioè, che regolano l’auto-accertamento dei redditi del contribuente e la cui violazione determina niente di meno e niente di più che evasione fiscale.

La presenza di “congegni” appartenenti alla sfera del “modo di essere dell’obbligazione d’imposta”, così come direttamente regolato dalle norme impositive, pone anch’essa – ovviamente – un problema di coordinamento con la disciplina del *transfer pricing*. È innegabile, difatti, che se l’adeguamento al parametro del valore normale nelle operazioni tra parti correlate fosse stato già imposto dal legislatore, ci si debba chiedere per quale mai ragione si sia avvertito il bisogno di prevedere una normativa *ad hoc* per le operazioni transfrontaliere.

Riteniamo che la risposta sia da ricercare nel fatto che, come noto, tale normativa affonda le radici nella prassi internazionale e, come già visto, trova il proprio paradigma nell’art. 9 del Modello di convenzione Ocse (49). La circostanza che vi sia un concorso di norme le quali, pur animate da diverse finalità, producano effetti analoghi (*id est*: l’adeguamento al valore normale) non dovrebbe, pertanto, essere difficile da spiegare (non dico giustificare) proprio con la diversa genesi delle une e delle altre. In altre parole, se è vero che l’innesto della disciplina sul *tran-*

(49) Si veda, ad esempio, la Circolare 22 settembre 1980, n. 32.

sfer pricing nel corpo del Tuir è avvenuta attraverso un (sia pur risaltante nel tempo) processo di osmosi con la prassi internazionale, non sorprende se – a tutt’oggi – vi sia ancora la necessità di valutarne appieno le relative implicazioni sistematiche.

2.5.2. Gli strumenti di diritto interno che consentono il riferimento al parametro del valore normale nell’ambito delle transazioni tra parti correlate e non. - La domanda che ci siamo posti al paragrafo precedente è, dunque, se siano rintracciabili presidi normativi (diversi dall’art. 110, comma 7, cit.) dai quali sia ritraibile una “regola” che imponga l’adeguamento al valore normale nelle operazioni tra parti correlate, siano esse interne – e si parlerà allora del cd. “*transfer pricing interno*” (50) –, che transfrontaliere.

Al riguardo, si deve innanzitutto fare riferimento ai – tra loro permeabili – filoni giurisprudenziali della Corte di cassazione in tema d’inerenza e di cd. “comportamenti antieconomici” (51).

(50) Sull’argomento vedi Commissione tributaria regionale di Roma, sent. n. 643 del 9 dicembre 2010; A. STESURI, *Transfer pricing: l’applicazione si estende ai soggetti residenti*, in A&F, 1999, 9; Commissione tributaria provinciale di Milano, sez. I, n. 577 del 18 marzo 1998, in Rass. trib., 1999, I, 235 ss. commentata da D. STEVANATO, *Rettifiche dei corrispettivi intragruppo e transfer pricing “interno”*; per un ulteriore commento della medesima sentenza si veda A. STESURI, *La determinazione del reddito d’impresa nel “transfer pricing”* in GT-Riv. giur. trib., 1999, 433; M. PEIROLO, M. VALDONIO, *Ancora in tema di transfer pricing interno: limiti all’utilizzo del valore normale nei rapporti intra-gruppo tra società residenti*, in Dir. prat. trib., n. 4/1999; G. RUSSO, *Transfer pricing interno, valore normale e deducibilità delle componenti negative di reddito*, nota a Cass., sez. trib., n. 10802 del 23 aprile 2002, in questa Rivista, 2003, II, 361 ss.; A. GARCEA - R. LUPI, *Trasferimenti intragruppo in neutralità e “transfer price” interno*, in Dialoghi dir. trib., 2005, 195 ss.; inoltre, si veda, Cass. n. 9497/2008, in Corr. trib., n. 24/2008, 1943 con commenti di M. BEGHIN e di M. POGGIOLI, *La Cassazione legittima la rettifica della dichiarazione per diversità tra prezzo e valore*.

(51) A. DE MITA, *Ma solo la legge può fissare un tetto alle spese*, in Il Sole-24 Ore del 13 novembre 2001; F.M. GIULIANI, *Sulla deducibilità fiscale dei compensi agli amministratori (soci) di società di capitali*, in Dir. prat. trib., 2002; G. MARONGIU, *Il sindacato sulla congruità dei compensi agli amministratori*, in Corr. trib., n. 39/2002; A. FANTOZZI, *Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione*, in questa Rivista, 2003, II, 552; D. STEVANATO, *L’antieconomicità dell’azione imprenditoriale nella giurisprudenza della Cassazione, tra presunzioni di evasione ed interpretazioni in chiave elusiva*, in Dialoghi dir. trib., 2003; M. BEGHIN, *Atti di gestione anomali o antieconomici e prova dell’afferenza del costo dell’impresa*, in questa Rivista, 1996; Id., *Reddito d’impresa ed economicità delle operazioni*, in Corr. trib., n. 44/2009; G. FRANSONI, *L’indeducibilità dei compensi agli amministratori, le sentenze ... “cieche” e l’autoreferenzialità della Cassazione*, in Rass. trib., 2010, 1125 ss.

Il primo, espressamente incentrato sul principio d'inerenza applicato nella sua dimensione "quantitativa", ammette la sindacabilità delle componenti negative di reddito quando esse risultino "sproporzionate" o non "congrue" rispetto all'entità dei ricavi o all'oggetto dell'impresa (52).

La seconda consente vieppiù che in *"tema di determinazione del reddito d'impresa, per la valutazione a fini fiscali delle varie prestazioni che costituiscono le componenti attive e passive del reddito, va applicato il principio, avente valore generale, stabilito dal DPR n. 917/1986, art. 9, che non ha soltanto valore contabile, e che impone quale criterio valutativo il riferimento al normale valore di mercato (art. 9, comma 3, cit.) per i corrispettivi, proventi, spese ed oneri in natura presi in considerazione dal contribuente"* (53).

Tali orientamenti (ed in specie il secondo), da un lato, travalicano evidentemente il tema delle operazioni tra parti correlate, essendo maturati in relazione a fattispecie nelle quali tale connotato non ricorreva necessariamente; dall'altro, e ancor più significativamente, implicano, di fatto, un superamento del criterio dei corrispettivi contrattuali (salva la prova della loro simulazione) sul quale si incentra la fiscalità d'impresa. In altre parole, ci troviamo dinanzi a posizioni che – non dissimilmente dall'esperienza dell'"abuso del diritto" – intervengono sulla struttura stessa della fattispecie impositiva modificandone in via pretoria i connotati.

Peraltro, accanto agli "strumenti" appena descritti, paiono esservene altri che – oltre ad attagliarsi al caso oggetto della sentenza commentata e, più in generale, al tema delle operazioni fra parti correlate – si qualificano per una più marcata aderenza ai principi e alle regole cui s'informa la determinazione del reddito d'impresa.

Si può, invero, ritenere che quando una società acquista un bene da un proprio socio a un prezzo inferiore al suo valore di mercato, l'operatività dell'art. 9 del Tuir non presupponga necessariamente la qualificazione dell'operazione in termini di "abuso del diritto". In effetti – e analogamente all'ipotesi opposta (vendita al socio di bene ad un prezzo in-

(52) Da ultimo, Cass. n. 4554/2010: – *"Il potere di accertamento contempla la facoltà per l'amministrazione finanziaria di valutare, in sede di determinazione della base imponibile del reddito d'impresa, la congruità degli esborsi, costi ed oneri, a nulla rilevando la corretta tenuta delle scritture contabili. Concordemente, è legittimo disconoscere la deducibilità dei componenti negativi che appaiano di entità sproporzionata ai ricavi ed all'oggetto dell'attività d'impresa, ferma restando la possibilità per il contribuente di dimostrare inerenza e congruità"*.

(53) Così, Cass. n. 23635/2008.

feriore al suo valore di mercato) –, la condotta si presta prima ancora ad essere considerata in una (più prosaica ma anche più concludente) logica “anti-evasiva” mediante l’applicazione delle norme (violate e non aggirate) che presiedono alla determinazione dei redditi posseduti dai soggetti coinvolti nell’operazione (54).

In particolare, così come:

(i) l’acquisto di un bene (della società) ad un prezzo inferiore al valore di mercato può qualificarsi, dal lato del socio, come una distribuzione di dividendi “in natura” (ex art. 47, comma 3 del Tuir (55)) per la differenza tra il corrispettivo pagato ed il valore normale del bene stesso e, dal lato della società, come una parziale assegnazione con conseguente emersione di un ricavo (ex art. 85, comma 2 del Tuir (56)) o di una plusvalenza (ex art. 86, comma 1 lett. c) del Tuir (57)) rapportati, anche qui, alla differenza tra corrispettivo pagato e valore normale del bene (58),

(54) Secondo D. STEVANATO, op. ult. cit., “il parametro del “valore normale” opera (..) in chiave antielusiva e non antievasiva: come è stato osservato (L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997, 235, n.d.r.), in queste ipotesi non sarebbe fuorviante parlare di corrispettivi che transitano in modo occulto da un soggetto all’altro; al contrario, “i corrispettivi dichiarati sono esattamente quelli voluti e se non rispondono alla logica di mercato non è perché una parte dell’operazione è stata occultata agli occhi del Fisco, bensì perché il rapporto che lega i soggetti tra i quali l’operazione viene posta in essere è tale da aver influenzato in modo determinante i corrispettivi realmente praticati, sottraendoli alla regola del mercato”.

(55) Art. 47, comma 3, Tuir: “Nel caso di distribuzione di utili in natura, il valore imponibile è determinato in relazione al valore normale degli stessi”.

(56) Art. 85, comma 2, Tuir: “Si comprende inoltre tra i ricavi il valore normale dei beni di cui al comma 1 assegnati ai soci o destinati a finalità estranee all’esercizio dell’impresa”.

(57) Art. 86, comma 1, lett. c), Tuir: “Le plusvalenze dei beni relativi all’impresa, diversi da quelli indicati nel comma 1 dell’art. 85, concorrono a formare il reddito: ... c) se i beni vengono assegnati ai soci o destinati a finalità estranee all’esercizio dell’impresa”.

(58) M. BEGHIN, in “La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto”, in <http://www.corsomagistratitributari.unimi.it/STRUTTURA/DOTTRINA%20E%20RELAZIONI/IMPOSTE%20DIRETTE/Approfondimenti/17%20Beghin/A-17%20Beghin.pdf>, 355 evidenzia come il *transfer pricing* “interno” possa essere affrontato dall’amministrazione finanziaria in chiave di “condotta antieconomica”. Infatti, rileva l’Autore, “l’esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni dimostra come il profilo dell’antieconomicità dell’operazione sia stato utilizzato come un vero e proprio maglio per demolire le operazioni caratterizzate dal sostenimento di costi di acquisto superiori ai valori correnti dei beni o dei servizi acquisiti”. In base a questa impostazione, il contribuente al quale sia contestata l’“antieconomicità” – ad esempio – dell’acquisto di un bene ad un prezzo superio-

(ii) il caso opposto della vendita di un bene (del socio) ad un prezzo inferiore al valore di mercato può qualificarsi come un apporto/contributo in conto capitale che, dal lato della società, risulta fiscalmente non imponibile (ex art. 88, comma 4, del Tuir) (59) e, dal lato del socio,

re al valore di mercato dovrebbe fornire la giustificazione circa le “*valide ragioni economiche, analogamente a quanto richiesto dall’art. 37-bis del DPR n. 600/1973, nella prospettiva di togliere ai vantaggi fiscali asistematici la patina di elusività*”. Il limite di questa ricostruzione è a nostro sommo avviso che la “prova contraria” addossata al contribuente – ovvero la sussistenza delle “valide ragioni economiche” – non dimostra la “non-elusività” di quella stessa condotta ma, più semplicemente, che essa non è “anti-economica” e che dunque la valutazione dell’amministrazione al riguardo è infondata. In altre parole, quando la contestazione in merito alla “antieconomicità” di una condotta si esaurisce nel rilevare una non corrispondenza tra prezzo e valore di un bene riteniamo che lo strumento analitico più appropriato non sia quello della misurazione del suo “tasso di elusività”, quanto la verifica della corretta applicazione delle norme sostanziali che presiedono alla determinazione dell’*an* e del *quantum* dell’obbligazione tributaria. Ci riferiamo, in particolare e fra l’altro, alle “norme di chiusura” del Tuir che rinviando al valore normale di un bene in sede di misurazione della capacità contributiva palesata dalla sua “entrata” ed “uscita” senza corrispettivo dal perimetro impositivo di un soggetto (come l’art. 9, comma 2, per i conferimenti e gli apporti; l’art. 47, commi 3 e 7, in tema di distribuzione di utili in natura; l’art. 85, comma 2, e 86 comma 1 lett. c), in tema di assegnazione di beni ai soci o di loro destinazione a finalità extra-imprenditoriali così come lo stesso principio di inerenza). Si potrà certamente obiettare che tali norme e principi operano in relazione agli assetti negoziali “dichiarati” dal contribuente e che, dunque, esse siano inservibili quando costui pone in essere atti (che non rispettano il canone del valore normale) “realmente voluti”. Il punto, tuttavia, è domandarsi se l’ipotesi di una società che vende un bene al proprio socio ad un prezzo inferiore al suo valore di mercato può essere letta solo attraverso le lenti della potenziale elusività della condotta oppure se essa si presti ad essere “ricostruita” (in chiave di negozi “dissimulati”) come una vendita (per la “parte” del valore corrispondente al corrispettivo) ed una assegnazione/distribuzione di utili in natura (per la “parte” che non vi trova corrispondenza). Con la prima opzione si teorizza una “inopponibilità” al Fisco dei corrispettivi fissati in misura inferiore al valore normale assumendo – operazione non semplice – un aggiramento di norme che “imporrebbero” di rispettare tale valore e di qui il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale; con la seconda opzione si ritiene che la reale volontà sottostante ad una vendita tra socio e società “può” essere – quando il prezzo è inferiore al valore normale – quella di porre in essere un negozio o un atto diverso dalla vendita stessa (per esempio una assegnazione e/o una distribuzione di utili in natura).

(59) Art. 88, comma 4, Tuir: “*Non si considerano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all’art. 73, comma 1 lett. a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti, né la riduzione dei debiti dell’impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo o per effetto della partecipazione alle perdite da parte dell’associato in partecipazione*”.

sfocia nel recupero al prelievo (60) dell'eccedenza del valore normale rispetto al prezzo pattuito secondo una fisiologica (*id est*: priva di indebitate forzature in chiave "anti-abusiva") applicazione dell'art. 9, comma 2, del Tuir (a mente del quale "*in caso di conferimenti o apporti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti*").

Se ci si pone nell'ottica appena proposta, si comprende come l'operatività dell'art. 9, comma 2, appena citato nella fattispecie in esame non passa attraverso (61) l'implicito richiamo ad un sistema di valori (*id est*: il principio di capacità contributiva) (62) situato ad un livello superiore rispetto a quello delle proposizioni normative disciplinanti la determinazione del presupposto d'imposta nel suo elemento oggettivo (per quanto rileva in questa sede), essendo in verità il suddetto art. 9 del tutto autosufficiente a tal fine: il socio che trasferisce alla società un bene ad un corrispettivo che non rispecchia il suo valore normale in effetti realizza – già sul terreno civilistico – un effetto diverso e ulteriore rispetto a quello della enunciata compravendita, e tale effetto è la patrimonializzazione della società stessa per un importo pari al differenziale tra prezzo e valore del bene trasferito (63).

(60) Sul presupposto, ovviamente, che la cessione sia in effetti fiscalmente imponibile per il socio, così come viene postulato nel caso di specie a proposito della – a nostro avviso tutt'altro che pacifica – riconducibilità del corrispettivo di vendita del marchio ai redditi diversi *sub* art. 67, comma 1 lett. l), del Tuir.

(61) Come invece accade quando si evoca il principio generale del "divieto di abuso del diritto in materia tributaria".

(62) Nel senso puntualizzato da G. FRANSONI, op. cit., 937: "*In effetti, secondo un costante orientamento della teoria generale sull'abuso del diritto, la differenza fra l'intervento realizzato attraverso il riferimento all'abuso di diritto e l'interpretazione (anche nella sua forma più "creativa", ossia l'analogia) è netta. Esso (intervento) prende le mosse dall'accertamento da parte dell'operatore del diritto di un "fallimento della programmazione normativa". Ed è già ovvio che questa constatazione è fortemente connotata in senso metagiuridico perché presuppone – e in questo senso consiste la differenza con l'analogia – il riscontro dell'esistenza di una lacuna (non in senso tecnico, ma) assiologica: una lacuna che dipende, cioè, non dall'impossibilità di sussumere la fattispecie in una data disposizione, ma dall'assunzione dell'esistenza di una imperfezione "assiologica" della norma stessa secondo un determinato ordine di valori*".

(63) La fattispecie si può prestare anche ad una ricostruzione in termini di "negozio indiretto", postulando una divergenza tra lo scopo pratico perseguito in concreto dalle parti (*id est*: patrimonializzazione della società) e la funzione tipica della categoria del negozio che viene posto in essere (cessione di un bene dietro un corrispettivo in denaro). Anche seguendo questa strada, tuttavia, l'approdo rimediale non sembra quello dell'"abuso del diritto" ma, di nuovo, la valorizzazione della volontà rispetto alla forma.

Dunque, l'“effettività” della transazione – sotto il profilo dei risultati che esso produce – non si risolve, se non in parte, nella “compravendita”. Se vogliamo, si assiste ad una sorta di “occultamento” di parte del corrispettivo: ma ciò – ovviamente – non nel senso che quella parte viene corrisposta dal socio in modo non ufficiale, ma che essa è rimasta allo stato latente determinando – di fatto – un “salto” d'imposta. Per quanto si tratti di un “occultamento” di corrispettivo totalmente diverso da quello consistente nella sua corresponsione in forma non ufficiale (64), nella “logica” dell'art. 9, comma 2 (“... *si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti*”), esso non viene comunque fatto emergere; onde, a nostro avviso, la possibilità di predicare la appartenenza del fenomeno in questione alla dimensione dell'evasione più che a quella dell'elusione fiscale.

Facciamo, adesso, applicazione di quanto precede alle fattispecie transazionali, rispetto alle quali si può in astratto verificare la già discussa sovrapposizione con l'art. 110, comma 7, del Tuir.

Nella prospettiva del socio e delle conseguenze derivanti dal trasferimento alla società non residente di un bene a un corrispettivo inferiore al suo valore normale, non vi è ragione alcuna per opinare che l'operatività dell'art. 9, comma 2 del Tuir non sia la stessa già esaminata e che, dunque, l'attrazione al prelievo del predetto valore normale debba avve-

Si pensi al problema analogo del cd. *negotium mixtum cum donazione*: la causa del contratto ha natura onerosa, ma il negozio commutativo stipulato dai contraenti ha la finalità di raggiungere, per via indiretta, attraverso la voluta sproporzione tra le prestazioni corrispettive, una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore, con ciò realizzando il negozio posto in essere una fattispecie di donazione indiretta (nel caso di specie, potremmo invece parlare di “apporto indiretto”). Ebbene, come si osserva nello Studio nr. 5809/C del Consiglio nazionale del notariato, in questo caso incombe “*alla parte che intenda far valere in giudizio la simulazione relativa nella quale si traduce il negotium mixtum cum donazione l'onere di provare sia la sussistenza di una sproporzione di significativa entità tra le prestazioni, sia la consapevolezza di essa e la sua volontaria accettazione da parte dell'alienante in quanto indotto al trasferimento del bene a tali condizioni dall'animus donandi nei confronti dell'acquirente*”. Insomma, pare a noi che anche qui (se e nella misura in cui esista la sproporzione lamentata dai giudici tributari) la “compravendita” non esaurisca o non rispecchi ciò che le parti (socio e società) hanno effettivamente stipulato tra di loro e che il “di più” sia a ben vedere linearmente intercettato dal comma 2 dell'art. 9 più volte citato.

(64) È questa la nozione di “occultamento” del corrispettivo al quale fa riferimento D. STEVANATO nell'intervento sopra richiamato e che, del tutto giustamente, l'Autore considera estranea al fenomeno del “*transfer pricing* interno”.

nire per effetto e quale conseguenza della corretta determinazione della base imponibile e non già perché “(...) *le operazioni implicite devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato*”, come invece affermano i Giudici milanesi. In altre parole, la “valutazione” del “corrispettivo” dell’apporto in base al valore normale del bene apportato si applica indipendentemente dalla residenza della società beneficiaria.

Dal punto di vista della società non residente, le conseguenze dell’“acquisto” di un bene dal socio ad un corrispettivo inferiore al suo valore di mercato dipendono ovviamente dal regime fiscale vigente nello Stato di residenza. Resta, tuttavia, fermo che il reddito di quella società –, ove ne ricorrano i presupposti “abusivi” positivamente indicati dall’art. 167 del Tuir (oppure anche in assenza di quei presupposti, qualora dovesse prendere campo l’idea che la disciplina CFC è anch’essa un “sintomo” dell’esistenza di un principio generale antielusivo che consente di estenderne l’applicazione anche a fattispecie diverse da quelle ivi positivamente delineate) – potrà essere imputato al socio residente, così impendendo che quell’acquisto (*rectius*: apporto, per la parte di valore normale eccedente il corrispettivo pattuito) determini il conseguimento dell’indebito risparmio fiscale – il “*tax deferral*” (scambiato con la “trasformazione delle *royalties* in dividendi”) – che i giudici milanesi hanno inteso intercettare evocando il principio generale del divieto di abuso del diritto e la tormentata giurisprudenza che lo ha generato.

3. Conclusioni. - Proviamo, adesso, a tirare le fila.

Dinanzi alla fattispecie tratteggiata nella sentenza della Commissione tributaria provinciale di Milano – trasferimento socio-società (non residente o residente (65)) di un bene ad un corrispettivo inferiore al suo valore normale –, ci siamo domandati se sia concepibile che – a fronte della qualificazione di detta operazione come “abusiva” nell’accezione sviluppata dalla nota giurisprudenza della Corte di cassazione – si affermi l’inopponibilità di detto corrispettivo e lo si “valuti” al valore normale del bene stesso.

A tal fine, si è in primo luogo evidenziato che la componente principale del “risparmio fiscale indebito” ottenibile tramite l’operazione in questione – *id est*: la “trasformazione di *royalties* in dividendi” – delle due l’una:

(65) Residente in quanto “esterovestita” oppure in conseguenza del trasferimento della sede dal Lussemburgo all’Italia.

(i) o non è affatto un risparmio, come nel caso in cui la società acquirente sia residente, poiché la doppia imposizione economica socio-società riallinea la tassazione dei dividendi a quella delle *royalties*;

(ii) o comunque, anche quando vi possa essere un risparmio, come nel caso in cui la società acquirente non sia residente, esso non è legato da un nesso eziologico alla circostanza che il bene sia stato ceduto ad un prezzo inferiore al suo valore normale, onde non dovrebbe esserci ragione per dichiarare quel corrispettivo “inopponibile”.

In secondo luogo, si è puntualizzato che le altre componenti del risparmio fiscale ottenibile tramite l'operazione in esame quando la società acquirente sia non residente – segnatamente lo “spostamento” all'estero del “valore latente” del bene scambiato ed il “*tax deferral*” (peraltro non segnalato dall'Agenzia delle Entrate e dalla Commissione) sulle *royalties* e, più in generale, sui redditi generati dal bene stesso – sono intercettate e “riassorbite” dalla legislazione “CFC”.

In terzo luogo, ci siamo interrogati se una generale inopponibilità del corrispettivo pattuito in un'operazione tra socio e società quando esso sia inferiore al valore normale del bene scambiato possa ottenersi attraverso una estensione del raggio applicativo della disciplina sul *transfer pricing* postulando la sua funzione anti-elusiva e, dunque, di “sintomo” dell'esistenza di un principio generale anti-abuso “non scritto” invocabile anche in assenza dei suoi presupposti positivamente stabiliti.

Al riguardo, si è dato atto della contrapposizione esistente tra l'impostazione sposata dalla Corte di cassazione e quella “internazionale” propugnata dall'Ocse indicando le ragioni di fondo che – anche alla luce del punto seguente – ci fanno propendere per quest'ultima (assenza di una diretta funzione anti-abuso nella disciplina sui prezzi di trasferimento).

In quarto luogo, abbiamo verificato che la “sottovalutazione” del corrispettivo nel contesto dell'operazione venuta all'attenzione dei giudici milanesi non fosse “abusiva”. Il che, peraltro, non significa affermare che l'operazione nel suo complesso non lo fosse, essa prestandosi a una pacifica considerazione attraverso la lente della disciplina “CFC”.

Si è in proposito, conclusivamente, osservato che l'invocazione dell'art. 9 del Tuir non andava operata – come invece ritenuto dalla Commissione – nell'ottica della “inopponibilità” del corrispettivo e della “riqualificazione” dell'operazione ritenuta elusiva ma, più semplicemente, nel quadro di una corretta – nel senso di rispondente alle norme applicabili – determinazione della base imponibile. Se difatti si esamina il fenomeno (cessione socio-società ad un prezzo inferiore al valore di

mercato) in modo obbiettivo, è possibile ritenere che esso si lasci inquadrare quale (parziale) dissimulazione di un apporto societario; fattispecie nella quale il corrispettivo, come noto, si identifica autonomamente nel valore normale del bene apportato (comma 2 dell'art. 9 stesso).

PHILIP LAROMA JEZZI